سلسلة
الفكر
الإسلامي
٢

مؤسسة الإباحة في الشريعة الإسلامية

تأليف
عبد السلام التونجي
دكتوراه في علم الشرائع والحقوق

كلية الدعوة الإسلامية

مُؤَسَّسَة الإباحَة
في
الشَّرِيعَةِ الإِسلامِيَّة



إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً في يومه
إلا قال في غده: لو غُيّر هذا لكان أحسن.
ولو زيد كذا لكان يُستحسن. ولو قُدّم هذا لكان أفضل
ولو تُرك هذا لكان أجمل. وهذا من أعظم العبر
وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر.

العماد الأصفهاني

مقدمة

تقوم مؤسسة المسؤولية في هذه الحياة على أسس ثابتة، ترمي إلى إقامة الطمأنينة والأمن والأمان، وهي التي تحقق بتطبيقها المصالح الإنسانية، كما تدعو إلى إقامة الاستقرار في المجتمع الإنساني، فيدرك بها المرء إنسانية الإنسان، التي يقيمها الإيمان، وذلك باتباع سواء السبيل، ذلك أن هذا المجتمع هو مجتمع الإيمان، مجتمع يدعو إلى اتباع سبيل الرشاد بالحكمة والموعظة الحسنة، قال تعالى مخاطباً رسوله ﷺ: ﴿**ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة**﴾ (١).

هذا المجتمع مجتمع تحمى فيه الحقوق عامة في إطار ضوابط المسؤولية وآثارها، إذ في غير هذا تسود الفوضى ويعم الفساد، فتنتهك الحقوق، ويختلط النسب ويضيع النسل، ويتحكم الهوى، فتهدر الطاقات، وتؤكل الأموال بالباطل، وتضحى التصرفات عامة تحكمها سلوكيات خاطئة، لا سائل فيها ولا مسؤول.

ولا شك أن مثل هذا المجتمع يكون فوضوياً، مجرداً عن القيم الأخلاقية. والدينية، مجتمعاً يضل فيه المرء بنفسه، فيضل عن سواء السبيل، وعلى هذا نجد أنه لا بد لسلامة الإنسان وسعادته من إقامة مجتمع الإيمان، مجتمع الصراط

---

(١) سورة النحل، الآية: ١٢٥.

المستقيم، بحيث تكون المساءلة هي الأساس في كل التصرفات والأفعال يساءل الفرد والجماعة على اختلاف ألوانهم وأجناسهم ومراكزهم، وأوضاعهم، عن كل ما يخلّ بنظام السلوكية الصحيحة في المجتمع الإسلامي، الذي ترمي الشريعة الإسلامية إلى إقامته على أسس ثابتة وفقاً لمقاصدها والتي ترمي إلى استقراره وحمايته في إطار أهدافها وهي:

١ ـ المحافظة على الدين.

٢ ـ المحافظة على النفس.

٣ ـ المحافظة على العقل.

٤ ـ المحافظة على النسل.

٥ ـ المحافظة على المال.

هذه الأهداف تحميها مؤسسة المسؤولية القائمة على مبادىء الشريعة الإسلامية الواجبة الاتباع.

فالمساءلة إذن هي أساس المجتمع في كافة ميادينه، وعلى كافة المستويات تطبيقاً لشريعته وهو القرآن الكريم قال تعالى: **﴿الذين جعلوا القرآن عِضِين فوربك لنسألنهم أجمعين عما كانوا يعملون﴾**[١].

فالسلوك المطلوب إذن هو السلوك الذي أوجبته الشريعة الإسلامية والتي خاطبت به الناس جميعاً فيمن هم في سنّ التكليف بوجوب اتباع الصراط المستقيم قال تعالى: **﴿وأن هذا صراطي مستقيماً فاتبعوه﴾**[٢].

هذا الصراط المستقيم يرمي إلى تحقيق العدالة، في المجتمع سلوكاً وأخلاقاً ومعاملة، وهي قاعدة ملزمة بالتزام الشريعة عقيدة وعبادة ومعاملة، للعيش في نظام المجتمع الفاضل، التي تقتضيه ضرورات الحياة قال تعالى: **﴿يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله﴾**[٣].

---

(١) سورة الحجر، الآية: ٩١، ٩٢، ٩٣.

(٢) سورة الأنعام، الآية: ١٥٣.

(٣) سورة النساء، الآية: ١٣٥.

هذه الحياة هي التي حَضَّ الله سبحانه وتعالى للعيش فيها حياة مستقيمة مستقرة قال تعالى: ﴿**فاستقم كما أمرت**﴾[1].

هذا المبدأ هو شعار الحياة، وهو مبدأ إلزامي يقتضي اتباعه في كل أفعال المرء وتصرفاته، فالسلوك السوي إذن هو السلوك المستقيم وهو المنهاج لكل إنسان، فإذا خرج عنه، تعرض للمساءلة دون استثناء.

هذا المبدأ هو قاعدة عامة، تشمل كافة المكلفين على اختلاف أجناسهم وألوانهم وطوائفهم، ذكوراً كانوا أم إناثاً، فقراء أم أغنياء، قال تعالى مطلقاً المساءلة على وجه التعميم. ﴿**ولتسألن عما كنتم تعملون**﴾[2].

في ضوء ما تقدم نجد أن سلوك الإنسان يقتضي أن يكون سلوكاً مسؤولاً، سواء كان مطلوب الفعل أو الترك، إذ أعمال المرء بإرادته واتجاهها نحو الخير أو الشر تتحدد المساءلة أو عدمها في الإطار المذكور قال تعالى: ﴿**كل امرىء بما كسب رهين**﴾[3].

هذا وإذا كانت أفعال المرء تقتضي إعمال إرادة الاختيار في الشيء أو تركه، فإن هذا الاختيار إنما يكون بأمر الشارع، إذ هو الذي خير المرء بين الفعل أو تركه. بمعنى أن توصيف الأمر في هذه الحالة يتوصف بالإباحة وهي تقتضي إعمال الاختيار طالما لا مساءلة على فعلها، فحكم الشارع إذن على أن فعلاً ما مباح يجعل المرء مختاراً بين الفعل والترك، وعلى هذا نجد أن المباح يقع بأمر الشارع أي بإذن الشارع بفعله، ويقول الآمدي بهذا الخصوص: «إن المباح عند الشارع هو المخير بين الفعل والترك، من غير مدح ولا ذم، لا على الفعل، ولا على الترك» وهو عنده أي المباح «ما استوى جانباه في عدم الثواب والعقاب»[4] فالمباح إذن يطلق على ما لا ضرر على فاعله، فهو الحلال والجائز والمطلق، وحقيقة الجواز هو التخيير بين

---

(١) سورة هود، الآية: ١١٢.

(٢) سورة النحل، الآية: ٩٣.

(٣) سورة الطور، الآية: ٢١.

(٤) سيف الدين الآمدي ـ الاحكام في أصول الأحكام ج/١ ص/١٧٥ وما بعدها.

الفعل والترك بالتساوي بينهما بتسوية الشرع[1] ويعرف صدر الشريعة المباح فيقول: «إنه فعل المكلف الذي يستوي فعله أو تركه» وقال الشوكاني: «المباح هو ما لا يمدح على فعله ولا على تركه»[2].

هذا بالنسبة للمباح على أن هناك أعمالاً حضّ الله على فعلها لصالح المجتمع وأفراده وقد أثاب الله فاعلها فقال تعالى: ﴿**وما تقدموا لأنفسكم من خير تجدوه عند الله**﴾ [3] وقال تعالى:
﴿**من جاء بالحسنة فله خير منها**﴾[4].

وقال تعالى: ﴿**ولأجر الآخرة خير للذين آمنوا وكانوا يتقون**﴾[5] إلى جانب هذا الترغيب بالعمل الصالح حضّ الله سبحانه وتعالى على الابتعاد عن الشرّ محذراً من العقاب فقال تعالى: ﴿**من يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره**﴾[6].

وهكذا نجد أن الشريعة الإسلامية قررت قاعدة السلوك الإنساني الواجب الاتباع وهو السلوك المجرد عن الخطأ، وهو السلوك الأخلاقي الهادف إلى العمل الصالح، الذي يثاب المرء على فعله، إذ العمل السيىء كذلك يجزى المرء به في الدنيا والآخرة، كما نظمت هذه الشريعة سلوك المرء مع نفسه ومع غيره، بحيث أوجبت على المرء أن يحاسب نفسه في نشاطه الخارجي، فيما هو ضار به أو بغيره، ومع ذلك فإن الشريعة لا تحاسب إلا على ما اتخذ الفعل مظهراً خارجياً، أما النوايا التي لم تتخذ هذا المظهر فلا عقاب عليها، لأنها لا تقع تحت المساءلة، في حين أن النوايا في الأعمال الخيّرة يثاب عليها المرء في الآخرة ولو لم تتخذ مظهراً خارجياً، إذ المقرر أن الثواب في الأعمال الخيّرة يتحقق بالنية، وإلى هذا أشار رسول الله ﷺ

(١) الغزالي - المستصفى ج/١ ص/٧٤.
(٢) محمد بن علي الشوكاني إرشاد الفحول ص/٦.
(٣) سورة البقرة، الآية: ١١٠.
(٤) سورة القصص، الآية: ٨٤.
(٥) سورة يوسف، الآية: ٥٧.
(٦) سورة الزلزلة، الآية: ٧،٨.

فقال: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرىء ما نوى فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه»(١).

فالشريعة إذن في ضوء حكمها على أفعال المرء وتصرفاته، حددت في هدي القرآن الكريم السّلوك المباح، والسّلوك المحرّم، من خلال النصوص الآمرة بالفعل أو الترك، فوضّحت وبينت الحلال والحرام، بحيث أضحى الحلال بيّن والحرام بيّن، مثال ذلك الأمر باجتناب القتل، والزنا، والسرقة وأكل أموال الناس بالباطل، فقال تعالى مشيراً إلى اجتناب هذه الأشياء بنصوص قاطعة: **﴿لا تقتلوا النفس التي حرم الله إلّا بالحق﴾**(٢) وقال: **﴿ولا تقربوا الزنى إنه كان فاحشة وساء سبيلاً﴾**(٣) وقال: **﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾**(٤).

فالنصوص القرآنية بعمومها تحدد قاعدة السلوك نحو الخير، وتنهى عن سلوك طريق الشر، كل ذلك بشكل واضح، لا يدعو مجالاً للشك أو الغموض، وإلى هذا أشار رسول الله ﷺ فقال: «إن الحلال بيّن وإن الحرام بيّن وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمهن كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يرتع فيه، ألا وإن لكل ملك حمى إلا وإن حمى الله محارمه، ألا وأن في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله وإذا فسدت فسد الجسد كله ألا وهي القلب»(٥).

كما بين الرسول ﷺ ما هو محرم أيضاً فقال: «المسلم أخو المسلم لا يخونه ولا يكذبه ولا يخذله كل المسلم على المسلم حرام عرضه وماله ودمه»(٦).

---

(١) أخرجه الشيخان عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب.
(٢) سورة الأنعام، الآية: ١٥١.
(٣) سورة الإسراء، الآية: ٣٢.
(٤) سورة البقرة، الآية: ١٨٨.
(٥) أخرجه الشيخان عن أبي عبد الله النعمان بن بشير.
(٦) أخرجه الترمذي عن أبي هريرة.

وهكذا نجد أن الشريعة الإسلامية إذ هي من عند الله فهي مجموعة قواعد تشريعية آمرة، ومفسرة، تنتظم بها العقيدة والعبادات والمعاملات، وقد أحاطت بكل شيء، وهي بأحكامها العامة لم تخصص لخدمة فرد معين أو جماعة معينة أو هيئة أو جنس، أو نظام معين، إنما جاءت للناس جميعاً ولخدمة بني البشر عامة وإقامة الدين القيم، بأسسه العقائدية، والقيم الأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية في نطاق إقرار الألوهية والربوبية لله، وفي نطاق ترسيخ الحرية والعدالة والمساواة، كل هذا لتقود البشرية إلى الهداية والاستقرار بما يدعو إلى الاطمئنان والثقة، رائدها الأخوة والمحبة والعلم والعمل والإيثار في إطار مؤسسة المسؤولية سواء في الدنيا أو في الآخرة هذه المسؤولية بأسسها ومعاييرها الضابطة لها يقابلها في الوجه الآخر الإباحة التي تقوم على اختيار بين فعل الشيء أو تركه دون مساءلة في الحالتين، ولا شك أن بحثنا في هذا المؤلف سيتناول موضوع الإباحة وموضوع المسؤولية في الدنيا، أما في الآخرة فمرده إلى الله سبحانه وتعالى، إذ يتولى عباده كما يشاء، لهذا كان لا بد لسبر غور هذا الموضوع من تقسيم البحث إلى قسمين أساسيين: الأول يتناول المباحات والثاني يتناول المحظورات التي تترتب على فعلها المساءلة، وذلك في نطاق الأفعال والوقائع والمعاملات. من هنا انبعثت مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية لهذا سنقتصر في بحثنا في المسؤولية وأسسها على بعض صور المساءلة في المعاملات والجنايات، أما في العبادات فأمرها يتولاه الله سبحانه وتعالى وسنعرض من خلال هذا البحث بعض المباحات والمحظورات من خلال تصدينا للمسؤولية سائلين المولى تعالى أن يوفقنا إلى ما فيه خير العباد وأن يمدنا بعونه وهو نعم المولى ونعم النصير والله من وراء القصد.

الدكتور عبد السلام التونجي.

الباب الثاني

المباحث أساليبها وأنواعها

المباح

المباح لغة: مشتق من الإباحة وهي الإظهار والإعلان، وقد يرد أيضاً بمعنى الإطلاق والإذن، ومنه يقال أبحته بكذا أي أطلقته وأذنت له[1] والإباحة، من البوح، والبوح ظهور الشيء، وباح الشيء ظهر، وباح به بوحاً وبؤوحاً وبؤوحة أظهره، وباح ما كتمت وباح به صاحبه، وباح بسرّه أظهره، وفي الحديث، إلا أن يكون كفراً بواحاً أي جهاراً، وأباحه سراً فباح به بوحاً أبثّه إياه فلم يكتمه، وبوح بمعنى شمس سميت بذلك لظهورها، وأبحتك الشيء أحللته، وأباح الشيء أطلقه، والمباح خلاف المحظور، والإباحة شبه النهي والنهية، والنهيا بمعنى الشيء المأخوذ والغنيمة.

والإباحة عند الأصوليين مأخوذ من أبحتك الشيء بمعنى أحللته لك وأطلقتك فيه، فهم يعرفونها بأنها التخيير بين فعل الشيء وتركه ويعرفون المباح وهو المرادف للجواز، بأنه الأمر الذي خير الشارع المرء بين فعله وتركه[2] وقد عرفه الشاطبي بقوله: «إن المباح عند الشارع هو المخير فيه بين الفعل والترك من غير مدح ولا ذم لا على الفعل ولا على الترك»[3].

---

(١) الأمدي الاحكام في أصول الأحكام ج/١ ص/١٧٥.
(٢) الغزالي ـ المستصفى ج/١ ص/٧٤.
(٣) أبو إسحاق موسى اللخمي الشاطبي الموافقات ج/١ ص/٦٨، ٦٩.

فالمباح إذن هو ما يفيد إعلام فاعله الدلالة الصريحة من الشرع بالتخيير، بمعنى إن شئتم فافعلوه، وإن شئتم فاتركوه، وهذه الدلالة دلالة سمعية على نفي الحرج عن فعله وتركه، ولعل التعريف الجامع هو ما خلص إليه الآمدي وقال عنه إنه الأقرب في ذلك أن يقال: «إن المباح ما دل الدليل السمعي على خطاب الشارع بالتخيير فيه بين الفعل والترك من غير بدل».

ومن الملحوظ في هذا التعريف أنه أخرج الأحكام التي تدرك بالفعل من غير توقف على دليل الشرع، إذ إن الشرع إنما يجيء مؤيداً لها، لهذا جنح إلى القول بما دل عليه الدليل السمعي على خطاب الشارع فيه، وفي هذا أخرج الدليل العقلي المحض واعتمد الدليل السمعي في تعريفه وهذا يشمل كل ما يعرف عن طريق الشرع نصاً واستنباطاً بمعنى أن هذا يشمل كافة الأدلة التي تثبت بها الأحكام الشرعية.

هذا وعرف الفقيه عبد الله بن مودود الموصلي الإباحة فقال: «الإباحة ضد الحظر وأن المباح ما أجيز للمكلفين فعله وتركه بلا استحقاق ثواب ولا عقاب أو مأخذ فيه»[١].

ويقول الجرجاني في تعريفاته: الإباحة الإذن بإثبات الفعل كيف شاء الفاعل وعرف الإباحة الأستاذ أحمد إبراهيم فقال: «إنها إذن الإنسان لغيره بأن ينتفع بماله أو يستهلكه أو يملكه وهي نوع من الهبة بمعناها الأعم»[٢].

وعرف أستاذنا الجليل المرحوم عَلي الخفيف الإباحة بقوله: «الإباحة تصرف أو إذن يفيد الإنسان حق الانتفاع بطريق مباشر» ولعل التعريف الذي نراه: أن الإباحة إذن باستهلاك الشيء أو الانتفاع منه دون تمليك أو مساءلة أو تعيين بدل.

هذا والإذن قد يكون من المالك، فيبقى الشيء على ملك صاحبه، أما إذا كان الإذن من الشارع فتحقق ملكية المباح بوضع اليد عليه ولا ينجم عن ذلك أي

(١) نقله الميداني عن كتاب الاختيار لعبد الله الموصلي.
(٢) مجلة القانون والاقتصاد المصرية ص/٦٥ العدد الأول السنة الثالثة.

مساءلة. هذا والمباح قد يكون حيواناً برياً أو بحرياً ممن يصطاد في البر أو البحر في أوقات غير محرمة فلا مسؤولية عليه، كما أن المباح قد يكون نباتاً أو أعشاباً وحطباً، وقد يكون أرضاً مواتاً، وناراً أو ماء وقد قال رسول الله ﷺ: «من سبقت يده إلى مال مباح فهو له» ويقول أيضاً «الناس شركاء في ثلاث الماء، والكلأ، والنار».

هذا وإذا كانت الإباحة على ما ذكرناه في التعريفات الواردة في شأنها وهل تفيد الإباحة الالتزام نتيجة التقاء أو توافق القبول مع الإيجاب؟ الواقع أن الإباحة تتم بمجرد الإذن القولي أو العملي ولا حاجة فيها لتعيين المأذون له وقت الإذن لا بشخصه ولا باسمه، فهي جائزة في المجهول، كمن يدعو إلى طعام ويفتح منزله للغاد والرائح دون تعيين شخص أو أفراد معينين.

الفصل الأول

أنواع الإباحة وأسبابها وآثارها

١ ـ أنواع الإباحة :

الإباحة في الشريعة الإسلامية نوعان إباحة أصلية وإباحة تدبيرية أو طارئة.

النوع الأول:

الإباحة الأصلية : فهي إباحة لم يرد النص فيها على التحريم وبهذا يكون الفعل مباحاً لأن أفعال العقلاء لا حكم عليها قبل أن يرد النص بالتحريم وهذا تؤكده القاعدة العامة : «أن الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة». فتحقق المساءلة عن فعل ما لا تتم إلا إذا كان هناك نصاً في تحريمه أو وجوب تركه، فإذا لم يكن هناك نص بذلك كان الفعل مباحاً ولا إثم فيه، أما إذا جاء النص على تحريمه ففعله يستوجب المساءلة وبالتالي تتقرر العقوبة على من فعله سواء كانت العقوبة حداً، أو تعزيراً. من هذا المنطلق نجد أن الأفعال المساءل عن اقترافها جزائياً إنما هي محظورات شرعية أوجب الله عليها العقب زجراً بحدّ أو تعزير[1].

وواقع الأمر أن الأفعال المحرمة نزلت نصوص قاطعة بشأنها، إذ لا يمكن أن تكون موضوع تحسين أو تقبيح عقليين إذ العقل وحده لا يمكن أن يدرك وحده ما

(١) الماوردي ـ الأحكام السلطانية ص/٢١١.

في الفعل من حسن أو قبح، دون حاجة إلى تبليغ رسول يحدد المحرم والمحلل، وإلى هـذا أشار الله سبحـانـه وتعـالى فقـال: ﴿**ومـا كنـا معـذبـين حتى نبعث رسولاً**﴾[1].

وقال تعالى: ﴿**أو لم تأتهم بينة ما في الصحف الأولى، ولو أنّا أهلكناهم بعذاب من قبله لقالوا ربنا لولا أرسلت إلينا رسولاً فنتبع آياتك من قبل أن نَذلَّ ونخزى**﴾[2].

فمبدأ المساءلة إذن مقرر بعد التبليغ والإعلام، بمعنى أن المساءلة لا يمكن أن تتم إلا عن فعل محرم علمه الفاعل واقترفه بعد علمه بتحريمه بمعنى أن الجزاء مقرر في الشريعة الإسلامية عقلاً وعلماً في المحظورات المعقبة بجزاء بعد العلم، أو نشر النصـوص للعلم بها. أمـا في الأفعال والتصرفـات المدنيـة فقد قـررت الشريعـة الإسلامية أيضاً المساءلة في مخالفة قواعدها الملزمة المنظمة لعلاقات الناس فيما بينهم رحمة لهم واستقراراً لمعاملاتهم أمناً وأماناً، لهذا تقرر الضمان وهو التعويض عن مخالفة العقود، كما تقرر الضمان في الأنفس والجرحات ذلـك أن الخطأ في هـذه الأشياء يورث الإضرار بالغير إذ فيه اعتداء بسببه على حقوق العباد، ولا يجبر إلا بالتعويض وهو الأصل، وإذا وجب الضمان ترتب في الـذمة، ولا يـبرأ عنه إلا بالإبراء والاستحلال والوفاء، وطلب الرضا فالمساءلة سواء هي عدم تنفيذ العقد أو المساءلة عن فعل الخطأ يترتب الضمان لمرتكب الخطأ، هذا بالنسبة للتعويض المالي، فالتعويض إذن وهو الضمان يترتب في العقود عند مخالفتها، إذ الشريعـة حـددت حدوداً للعقـود فيما لا يخـالف شرع الله، وهي إذ تتم بإرادة الـطرفين المتعاقدين، فإن أمرها وصحتها مقرر من الشارع نفسه، وقد ألزم الوفاء بها إذا كـانت صحيحة أمـا إذا أخلّ بهـا وجب الضمان، وهـو التعويض الـذي يقرره القضاء.

وموجب هذا الضمان كما قلنا مخالفـة العقد بعـدم الوفـاء به، إذ الأصـل

(١) سورة الإسراء، الآية: ١٥.
(٢) سورة طه، الآية: ١٣٣، ١٣٤.

الالتزام بالعقود ووفائها قال تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾[1].

فالعقود الواجبة النفاذ إذن هي العقود الصحيحة، فإذا لم تنفذ وجب الضمان، لأن الامتناع عن الوفاء محظور، وهذا ما يرتب المساءلة نتيجة لذلك أما الاعتداء على النفس عامة قصداً أو خطأ، فمساءل عنه أيضاً وموجب للضمان فيما يتعلق بحق العبد، إلى جانب العقوبة الجسدية المقررة شرعاً. قال تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى**﴾[2].

وقوله تعالى في تقرير القصاص عامة: ﴿**ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون**﴾[3].

فالقصاص إذن عقوبة مقررة نتيجة ارتكاب الخطأ الذي تتحقق به المسؤولية. إما إذا كان الفعل المسكوت عنه والذي لم تقرر الشريعة عقوبة على ارتكابه فهو فعل مباح، أي فعل لا مساءلة عليه، لأن الدليل الشرعي دلّ على التخيير فيه. هذا بالنسبة للإباحة الأصلية.

النوع الثاني:

الإباحة التدبيرية أو الطارئة: هذه الإباحة إنما هي تدبير من الشارع إذ الأصل فيها التحريم وبتعبير أخر يمكننا القول أن الإباحة التدبيرية ناجمة عن فعل الأصل فيه غير مباح، ولكن عارضاً عرض له لواقعة أحاطت به أو ظرف اكتنفه، فقتل الإنسان مثلاً غير مباح، وهو محظور بنص الشارع، فإذا كان القتل واقعاً على الحربي أو المرتد فلا مساءلة على الفاعل، ذلك أن المرتد عن الإسلام دمه مباح بتدبير من الشارع، وكذا قاطع الطريق الذي يخرج على المارة ليسلبهم أموالهم بالقوة سواء كان واحداً أو جماعة، فيباح قتلهم، وإن لم يباشروا القتل، هذه الإباحة تنفي المساءلة لا لأنها تقررت بنص الشارع قال تعالى: ﴿**إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع**

---

(١) سورة المائدة، الآية: ١.
(٢) سورة البقرة، الآية: ١٧٨.
(٣) سورة البقرة، الآية: ١٧٩.

أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض﴾(١)

وهكذا تجد أن الأفعال المحظورة محرمة ومساءل عنها أصلاً ولكن الشريعة أباحت بعضها لظروف اعتبارية فأضحى المحظور المحرم محللاً كالقتل، فهو فعل محرم، ولكنه وجب تطبيقه عقوبة، فيمن قتل النفس المحرم قتلها إذ الأصل أن دم المسلم محرم هدره، أما إذا طرأت ظروف خاصة أخرجت هذه الظروف من التحليل إلى التحريم، بمعنى أن الشارع رخص القتل عقوبة لفعل القتل اعتداء، ومثل هذه الظروف التي ترخص القتل تنفيذ عقوبة القتل بالقاتل، وتنفيذ العقوبة أيضاً بالزاني المحصن، وكذا قتل المفارق لدينه، كل هذه العقوبات لا مسؤولية على فعلها بنص الشارع، وإلى هذا أشار رسول الله ﷺ فقال: «لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة»(٢).

هذا الترخيص للفعل رفع المسؤولية عن الفاعل لموجب اقتضته الشريعة ذاتها مع توفر إرادة الفاعل وقصده، ومع ذلك هناك رخص أجازها الشارع لظروف خارجة عن إرادة الفاعل، أي إن إرادة الفاعل كانت عند تنفيذ فعل ما غير سليمة، أي إنها معيبة بعيب الإكراه مثلاً فهذا العيب أفقد اختيار الفاعل. وهذا الاختيار المفقود يعتبر عذراً محلاً، يبيح الفعل، وبالتالي يمنع المسؤولية لهذا السبب، كالمضطر لشرب الخمر دفعاً للهلكة عن نفسه بالقدر الذي يدفع التهلكة وكذا أكل لحم الميتة دفعاً للجوع المهلك أيضاً، وكذا إذا نال مال الغير لحالة الضرورة كل هذا أقرته الشريعة الإسلامية لقوله تعالى: ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾(٣).

وقوله تعالى: ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه﴾(٤)

كل ذلك رخص اعتبرها الشارع سبباً لطروء الإباحة، وبالتالي فلا عقاب عليها لا في الدنيا ولا في الآخرة لتحقق إذن الشارع.

(١) سورة المائدة، الآية: ٣٣.
(٢) الأربعون نووية الحديث الرابع عشر، رواه البخاري ومسلم.
(٣) سورة البقرة، الآية: ١٩٥.
(٤) سورة الأنعام، الآية: ١١٩.

هذا بالنسبة لحقوق الله، وللحقوق الغالب فيها حق الله، أما بالنسبة لحقوق العباد الخالصة فيما بينهم، فإن إذن صاحب الحق بالإباحة يمنع المسؤولية أيضاً مثال ذلك: من يدعو آخر إلى طعامه ففي هذه الحالة يكون مالك الطعام قد أذن لمن دعاه في تناوله فلا مسؤولية على هذا الأخير الذي قبل الدعوة وأكل الطعام، لتحقق إذن العبد وترخيصه وبالتالي فلا ضمان على الضيف فيما أكل، ولكنه يضمن إذا وزع الطعام للغير، على أن ترخيص العبد وإذنه لا يكون دائماً سبباً للإباحة بل يقتضي أن يكون ما أذن به فيه معنى إذن الشارع، أي أن يكون إذن العبد بما لا يأباه الشرع إذ المباحات بإذن العباد جميعها تقتضي أن يكون محققاً فيها إذن الشارع أصلاً، إذ هو الذي يحقق جواز الفعل، ولولا ذلك لما جاز قبول إذن العباد بين بعضهم البعض، لأن الأصل في الأفعال بين العباد أن تكون على مقتضى إذن الشارع بالإباحة، بمعنى أنه إذا تعارض إذن العبد مع إذن الشارع فلا تتحقق الإباحة، مثال ذلك بضع الزوجة محلل شرعاً بعقد الزواج فلا يباح لغير الزوج، فإذا أذن الزوج أو أذنت الزوجة به للغير أو أذن به كلاهما فلا يجوز لتعارض ذلك مع حق الله في المحافظة على النسل وبما نص عليه القرآن صراحة إذ قال تعالى: ﴿**ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلاً**﴾[1].

أما ما يأذن فيه الله ولا يأذن العبد فإنه مباح فعله ولو كرهاً عن صاحبه، كمن يضطر لأكل طعام الغير، ففي هذه الحالة، نجد أن إذن الشارع يبيح التناول، ولكنه لا يسقط الضمان[2] ومرد ذلك أن الضمانات أن يقتضي تحقيقها حماية لحقوق العباد لإسقاط المسؤولية الدنيوية، أما المسؤولية الأخروية فهي مرفوعة أصلاً لحديث رسول الله ﷺ إذ قال: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه».

وهكذا نخلص إلى أن مرد الإباحة في الأفعال بنوعيها إلى إذن الشارع أصلاً، فما لم يأذن به لا يسوغ فعله، ولو تحقق إذن العباد فيما بينهم، لذلك نجد أن

---

(١) سورة الإسراء، الآية: ٣٢.

(٢) القرافي ـ الفروق ج/١ ص/١٩٥.

مدار تحقق المسؤولية من عدمها يكمن في إذن الشارع، فالأفعال التي لا يأذن بها الشارع تبقى المسؤولية قائمة، ما لم يعترضها عارض يمنع المسؤولية بنص الشارع أيضاً، كعارض انعدام الإرادة وعدم الأهلية، أو تعيب الإرداة بعيب من عيوب الرضا كالإكراه الملجيء أو الخطأ الذي ينفي القصد. كل هذه من العوارض التي تمنع المسؤولية، على أن انتفاء المسؤولية ورفعها للإثم وعدم الاعتداد بالخطأ ينفي العقوبة الأخروية أيضاً، على أن ذلك لا يمنع من إجبار الضرر بترتب أحكام دنيوية وهي الضمان.

٢ ـ أساليب الإباحة وأثرها على المسئولية:

أورد الشرع أساليب عدة للإباحة وردت في القرآن والسنة بألفاظ مختلفة وهي:

أولاً: الإباحة الواضحة الصريحة:

هذه الإباحة لا تحتاج إلى قرينة تدل عليها وقد وردت بأساليب عدة إذ ترد بألفاظ مختلفة تفيد عدم المسؤولية أو نفي الحرج كقوله تعالى: **﴿ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج، ولا على المريض حرج، ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم﴾**[١]

ففي هذه الصورة رفع الحرج عن الأعمى والأعرج والمريض كل من هؤلاء رفع عنه الحرج في ترك الجهاد تبعاً لنص القرآن الكريم.

كما أورد القرآن رفع الجناح أي الإثم في صور عدة منها الأفعال التالية وهي:

أ ـ إباحة تنفي الجناح عن استرضاع الآباء لأولادهم مرضعات غير والدتهم بقوله تعالى: **﴿وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم﴾**[٢].

---

(١) سورة النور، الآية: ٦١.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٣٣.

وكذا تطليق غير المدخول بها لا جناح عليه أي لا مسؤولية دنيوية ولا أخروية بدليل قوله تعالى: ﴿**لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة**﴾[1] .

ب ـ الإباحة تنفي المؤاخذة هذه الإباحة لا تحقق أي مسؤولية مثالها اللغو في الإيمان، إلى هذا أشار الله سبحانه وتعالى بعدم المسؤولية إذ قال: ﴿**لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم**﴾[2] .

جـ ـ إباحة لابأس فيها وهي إباحة تظهر في التعامل في الحيوان أو الحبوب مبادلة واحد باثنين يداً بيد لقوله عليه الصلاة والسلام. «لابأس بالحيوان واحداً باثنين يداً بيد»[3] .

ولقوله أيضاً: «لابأس بالقمح بالشعير اثنين بواحد يداً بيد»[4].

د ـ إباحة برفع المسؤولية عن معدوم الإرادة أو فاقدها أو ناقصها، لقوله عليه الصلاة والسلام: «رفع القلم عن ثلاثة: عن المجنون المغلوب على عقله حتى يبرأ وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم»[5].

وهكذا تجد أن المسؤولية مرفوعة بتحقق هذه العوارض المذكورة فتجعل الإباحة صريحة.

ثانياً: الإباحة غير الصريحة:

هذا النوع من الإباحة يستدل على عدم المسؤولية في الفعل بدلالة غير صريحة وهي قسمان:

القسم الأول: ما يستدل فيه على الإباحة بالألفاظ وهي تأتي بصور عدة فيها.

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٣٦.
(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢٥.
(٣) و(٤) الجامع الصغير.
(٥) الجامع الصغير.

١ ـ **صيغة الأمر**: وهي تدل دلالة غير صريحة على الإباحة بالقرينة ومن هذه الصورة استعمال الأمر في الإباحة مع القرينة كقوله تعالى: ﴿**وإذا حللتم فاصطادوا**﴾(١).

هذا الأمر بالاصطياد مرتبط مع قرينة الحل بعد التحريم وهو يفيد إباحة الصيد بعد التحريم إذ كان ممنوعاً وقت الإحرام. بمعنى أنه لا مساءلة في الاصطياد بعد الحل. وكذا من صوره أيضاً قوله تعالى: ﴿**فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا**﴾(٢).

في هذه الآية أيضاً تجد ما يدل على الإباحة وهي المباشرة والابتغاء والأكل والشرب بدليل قرينة التحريم السابقة، إذ كانت هذه الأفعال محرمة على الصائمين فعلها بعد الإفطار فشق عليهم ذلك فأحلها الله بعدئذٍ أي بعد الإفطار. وهكذا نجد أن الأمر بالفعل بعد حظره يفيد الإباحة كما أن المساءلة مرفوعة في كل ما يفيد التخيير أو المشيئة كقوله ﷺ عندما سئل عن الجنين في بطن الناقة أو البقرة أو الشاة أنلقيه أم نأكله، فقال: «كلوه أن شئتم فإن ذكاته ذكاة أمه»(٣).

٢ ـ **صيغة التعبير بالحل**: وهي من الأساليب غير الصريحة للإباحة التي تنفي المسؤولية فهي إذن مباحة، إذ كل ما يقابل الحرام فهو يشتمل على المباح. كقوله تعالى: ﴿**وأحلّ لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين**﴾(٤).

هذه الآية تدل على إباحة الزواج من غير وجود نص يفيد تحريم الزواج بهم، وكذلك قوله تعالى: ﴿**أحلّ لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم**﴾(٥).

هذه الآية تفيد إباحة الوطء في ليالي رمضان، وعدم المسؤولية عن هذا الفعل خلافاً لما كان عليه من قبل، إذ كانوا يقربون النساء رمضان كله كما كانوا

---

(١) سورة المائدة، الآية: ٢.

(٢) سورة البقرة، الآية: ١٨٧.

(٣) رواه أحمد في مسنده ابن قيم الجوزية ـ أعلام الموقعين ج/٤ ص/٣٨١ ـ ٣٨٢.

(٤) سورة النساء، الآية: ٢٤.

(٥) سورة البقرة، الآية: ١٨٧.

يخونون أنفسهم، فنزلت الآية بقوله: **﴿علم الله أنكم كنتم تختانون أنفسكم فتاب عليكم وعفا عنكم فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا﴾**(١).

وكذلك قول رسول الله ﷺ: «إن أبغض الحلال إلى الله الطلاق».

فالطلاق إذن مباح، ولكنه لا يلجأ إليه إلا عند الضرورة، فالتعبير بالحل هنا يفيد الإباحة غير الصريحة.

٣ ـ **نفي التحريم أو الاستفهام الاستنكاري**: يفيد الإباحة غير الصريحة وهي المانعة من المساءلة كقوله تعالى: **﴿قل من حرم زينة الله﴾**(٢).

وكذلك يفيد الإباحة غير الصريحة النفي الاستفهامي كقوله تعالى: **﴿يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك﴾**(٣).

كما يدخل في هذه الإباحة أيضاً النهي عن التحريم كقوله تعالى: **﴿لا تحرموا طيبات ما أحلّ الله لكم﴾**(٤).

٤ ـ **الاستثناء من التحريم الصريح أو الضمني يفيد الإباحة غير الصريحة**: ويعني عدم المساءلة ولها صورة عدة وهي:

أ ـ الاستثناء من التحريم الصريح للاضطرار كقوله تعالى: **﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم﴾**(٥).

ب ـ الاستثناء من التحريم الضمني بما يفيد الحل فيما هو محرم في الأصل كقوله ﷺ: «لا يحل دم امرىء إلّا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة».

---

(١) سورة البقرة، الآية: ١٨٧.
(٢) سورة الأعراف، الآية: ٣٢.
(٣) سورة التحريم، الآية: ١.
(٤) سورة المائدة الآية: ٨٧.
(٥) سورة الأنعام، الآية: ١١٩.

جـ ـ الاستثناء ضمنياً من التحريم الصريح يفيد الإباحة ويرفع المسؤولية كقوله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم... فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم﴾[1].

فالترك هنا محظور وفيه مساءلة. إذا ترتب عليه الهلاك، إذ إباحة الميتة هنا للضرورة.

هذا والإباحة سواء كانت من الاستثناء الضمني والاستثناء الصريح. إنما هي إباحة تدبير من الشارع أي أنها إباحة طارئة.

القسم الثاني: ما يستدل على الإباحة غير الصريحة من غير لفظ وهي تنفي المساءلة أيضاً.

هذه الإباحة غير الصريحة يستدل عليها دون دلالة لفظية وهي حالة السكوت هذه الحالة لها صورتها في السنة النبوية فالإباحة غير الصريحة في السنة من غير لفظ هي حالة الفعل، وهي ما تسمى بالسنة الفعلية، أو في حالة السكوت وهي السنة التقريرية.

ففي حالة الفعل أو السنة الفعلية، نجد أن ما قام به الرسول ﷺ فعلاً يفيد الإباحة، كالقيام والقعود، والأكل، والشرب، فلا نزاع في هذا ولا مساءلة في فعلها ما دامت هي مباحة.

أما السنة التقريرية فهي الأفعال التي سكت عنها رسول الله ﷺ ولم يكن سبق أن نهى عنها، أو كانت محرمة، فسكوت الرسول ﷺ عنها يدل على إباحتها ورفع الحرج عن فاعلها، فإذا رأى الرسول ﷺ الناس يتعاملون على وجه معين ولم ينه عنه كان ذلك إقراراً منه وترخيصاً وقد يكون السّلم من هذا القبيل لأن النبي ﷺ قدم المدينة والناس يتعاملون فيه بهذا الوصف فلم ينه عنه فهو إقرار منه وترخيص.

---

(١) سورة المائدة، الآية: ٣.

مدلول اللفظ وأثره على الإباحة في الفعل:

مما لا شك فيه أن الألفاظ قوالب المعاني، فالفعل يحدد الحكم فيه تبعاً للفظ المصاغ، فمدلول الفعل كونه مباحاً أو أن المرء مخير في فعله أو تركه أو أنه حلال أو حرام، أو جائز، أو صحيح يتحدد بالتسمية، أي باللفظ الذي من خلاله تتحدد الماهية، فعندما تقول مثلاً إن هذا الفعل مباح، معنى ذلك أن الشرع قد خيّر المرء بين فعله أو تركه، فترتيب الفعل أو الترك، يكون على حد سواء، وحكم الفعل الذي يوصف بأنه مباح، لا يترتب عليه أثر في الثواب والعقاب، لأن الفعل والترك على حد سواء، بمعنى أن المباح يتضمن المخاطبة بفعل الشيء أو تركه، وفي هذه الحالة لا مسؤولية على فعله كما لا مسؤولية على تركه، كأن يقول شخص لآخر هذا الطعام مباح أكله، وقد يستعمل لفظ التخيير، كأن تقول لشخص أنت مخير في فعل هذا الشيء أو تركه، فهو في هذه تخيير في المباحات، كأن يكون التخيير في بعض الواجبات المخيّرة، وهذا أيضاً يقتضي المساواة فيها كأن يخير المرء في الواجبات في كفارة اليمين كقوله تعالى: ﴿**فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة**﴾(١).

ففعل أي واحدة من هذه الأشياء المعدّدة يحقق الطلب ويسقط المساءلة، وفي الامتناع عن أداء أي طلب من هذه توجب الإثم والمساءلة يوم الآخرة.

وكذا مما يدخل في شمول التخيير قوله تعالى: ﴿**حتى إذا أثخنتموهم فشدوا الوثاق فإما منًّا بعد وإمّا فداء**﴾(٢).

على أن التخيير قد يكون حتى في المندوبات إذ يخير المكلف فيها، كالتنفّل قبل صلاة العصر بين أن يصلي المكلف ركعتين أو أربع ركع. فالمندوبات إذ تتضمن معنى التخيير فإن فاعلها لا ضرر عليه في تركها بل يثاب على فعلها، في حين أن المباحات إذ هي دون التخيير فلا ثواب فيها ولا عقاب ومن هذا تجد أن

---

(١) سورة المائدة، الآية: ٨٩.

(٢) سورة محمد، الآية: ٤.

التخيير هو أعم من المباحات إذ قد يكون من المباحات والواجبات بعضها مع بعض كما يكون من المندوبات، فالتخيير بالواجبات إذا فعل المكلف واحدة منها سقط عنه التكليف والطلب.

وخلاصة القول إن التخيير أعم من الإباحة ويكون في المباح وغيره.

الإباحة والحل:

الحل حكم من الشرع، وهو مصطلح عام، وهو كل ما ليس ممنوعاً، وقد ورد في الكتاب والسنة، ويرد مقابل الحرام الذي يرد فيه نص بطلب الكف عن الشيء على وجه الجزم والقطع كقوله تعالى في التحليل والتحريم بنص قاطع، ﴿**أحل الله البيع وحرّم الربا**﴾[1].

وقوله تعالى في نفي تحريم ما أحل الله. وعدم جواز تحليل ما هو محرم: ﴿**لم تحرم ما أحل الله**﴾[2].

وقوله في حل الطيبات وتحريم الخبائث: ﴿**ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث**﴾[3].

وقوله تعالى في عدم جواز الكذب بالتوصيف للحلال والحرام. ﴿**ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم الكذب هذا حلال وهذا حرام**﴾[4].

أما في السنة فقد وردت أمثلة عديدة على تحديد الحلال والحرام. كقوله ﷺ «إنَّ الحلال بين وإنّ الحرام بين وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمهنّ كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام» [5].

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.
(٢) سورة التحريم، الآية: ١.
(٣) سورة الأعراف، الآية: ١٧٥.
(٤) سورة النحل، الآية: ١١٦.
(٥) رواه البخاري ومسلم.

وقوله في التقيد بفرائض الله وعدم تعدي حدود الله وحرماته. «إن الله تعالى فرض فرائض فلا تضيعوها وحد حدوداً فلا تعتدوها وحرّم أشياء فلا تنتهكوها»[١].

كما وقوله في الحلال والحرام في الحرير والذهب. «هذان حل لنساء أمتي محرم على ذكورهم»[٢].

وهكذا تجد في جميع الصور المتقدمة أن الحلال كان مقابلاً للحرام، هذا والحلال يشمل كل المباح والمندوب والواجب بل والمكروه.

الإباحة والجواز:

يرى البعض أن لفظ الجواز مرادف للإباحة والجواز، والجواز هو ما استوى طرفاه من غير ترجيح لأحد الطرفين على الآخر، كما أن الجواز قد يستعمل بمعنى الحلال، كما وقد يستعمل الجواز مرادفاً للصحة، بمعنى أن كل ما هو صحيح فعله فهو جائز مثال ذلك قول سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً».

فالجواز هنا يعني أن الفعل صحيح ومقبول شرعاً إذا كان ضمن شروط الحل. هذا كما قد يكون الجواز مما يفيد الحل مع الكراهة كالطلاق مثلاً كقول رسول الله ﷺ. «أبغض الحلال عند الله عز وجلّ الطلاق»[٣].

فالحلال هنا يفيد الجواز أي إن الجائز مرادف للحلال، وقد يكون الفعل حلالاً مباحاً، وإذا كان كل مباح حلال، فالعكس غير وارد إذ قد يكون حلالاً غير مباح كالبيع عند النداء إلى صلاة الجمعة فهو مكروه.

فالحلال إذن وهو الجائز يشمل كل ما عدا الحرام، فيدخل فيه الفعل المكروه كراهة غير تحريمية لأن الكراهة التحريمية هي للحرام أقرب، والبعض يرى أن الكراهة التحريمية هو ما ثبت تحريمه بدليل ظني: ولعل المقصود بالمكروه كراهة غير

---

(١) رواه الدارقطني وغيره.

(٢) رواه أحمد والنسائي عن أبي موسى الأشعري.

(٣) أخرجه أبو داود والحاكم عن عبد الله بن عمر.

تحريمة، وهي الكراهة تنزيهاً، وهو ما كان إلى الحلال أقـرب ككراهـة أكل لحم الخيل، فهو حلال وجائز ومباح وعلى هذا فلا مسؤولية تترتب على فعل ما هو جائز أو مباح أو حلال سواء في العبادات أو المعاملات لأن إطلاق الجواز والإباحة والحل إنما كان بنص من الشارع وبالتالي ينتفي قيام أي مسؤولية.

الإباحة والصحة:

علمنا فيما سبق معنى الإباحة، أما الصحة «فهي عبارة عن كون الفعـل مسقطاً للقضاء في العبادات، أو سبباً لترتيب ثمراته المطلوبة منـه عليه شرعاً في المعاملات»[1] وتعريف آخر: أن الصحيح هو ما اجتمع أركانه وشرائطه حتى يكون معتبراً في حق حكم، فهو إذن ما يقع موافقاً للشرع بمعنى أن الصحة هي وصف للفعل الذي يقوم به المكلف، فإذا كان مستجمعاً لشرائطه كان موافقاً، إذا لم يكن كذلك كان مخالفاً، ومعيار الحكم على الفعل أنه صحيح أو غير صحيح مرده إلى العقل الذي يميز تطابق الأفعال لأحكام الشرع أو عدم تطابقها، هذا والصحة كلمة عامة شاملة فهي تكون في العبادات كما وتكون في المعاملات، وضابطها أن كل ما تجتمع فيه شرائطه وأركانه وإذن الشارع فيه، فهي صحيحة ومباحة ومرد هذه الصحة في الفعل أو التصرف أنه مستجمع لشرائطه وأركانه كما أنة مباح بإذن الشارع فيه وعلى هـذا الأساس نجد الأفعال المبـاحة أو الأفعـال الصحيحـة، كالصـلاة والصوم في العبـادات فالصـلاة مثلاً في أرض مغصـوبة صحيحة مع الكراهية، وكذا، العقود على اختلاف أنواعها كالبيوع وعقود الزواج تكون صحيحة بالشروط المذكورة، وقد تكون فيها الكراهية كالبيع وقت النداء لصلاة الجمعة.

٣ ـ أقسام الإباحة:

علمنا أن الإباحة يقابلهـا الحظر، ومخـالفة الحـظر يحقق المساءلـة على أن الإباحة إذا تحققت يرتفع بها الحظر سـواء كان مصـدرها الشـارع أو مصدرهـا

---

(١) الجرجاني ـ التعريفات الشرعية ص/٥٧

الأفراد، فالإباحة التي مصدرها الشارع تتحقق بإذن منه وهو نص يدل عليها، أو اجتهاد يقرره الفقهاء أو حكم القضاء مراعاة لشؤون العباد ورعاية لمصالحهم مثال ذلك صلاة الجمعة في المسجد فهي متوقفة على إذن الإمام بالصلاة فيه، وكذا الإباحة التي مصدرها إذن العباد فهي متوقفة على إذن المالك في الانتفاع استعمالاً أو استهلاكاً بما لا يخالف الشرع. فالإباحة سواء كان مصدرها الشارع أو مصدرها الأفراد تقسم إلى قسمين إباحة عامة، وإباحة خاصة، وفي هذين القسمين من الإباحة لا تتحقق أي مساءلة ففي إباحة الشارع، نجد أنها قد تكون عامة بإذن منه يرد بنص عام يخاطب كافة الناس مثال ذلك «الناس شركاء في ثلاث، النار والماء والكلأ» هذه الشركة في الاستعمال والاستيلاء عليها تكون مباحة لكل من يستعملها أو يستولي عليها.

هذا وقد يكون الإذن الصادر من الشارع إذناً خاصاً، كإباحة شيء ما إباحة خاصة، تتعلق بشخص معين لظروف خاصة، فمعيار الإباحة يكون شخصياً في هذه الحالة مثال ذلك: إباحة الرسول ﷺ لشخص التزوج بامرأة بما معه من القرآن، فهذه الإباحة خاصة لصاحب تلك الحادثة، وهي رخصة خاصة، وقد تكون الإباحة بإذن الشارع خاصة بفئة معينة تبعاً لحالة الضرورة كالإذن للطبيب بالكشف على عورة المرأة تبعاً لضرورة التشخيص والعلاج.

وهكذا نجد أن الإذن الخاص المتعلق بالإباحة الخاصة، إنما كان لشخص معين، أو حالة معينة، أو لفئة من الناس بحالات معينة، لا لجميع المكلفين على وجه الإطلاق.

هذا والإذن الخاص قد يكون من الشارع، كما وقد يكون من الأفراد بعضهم لبعض، كإذن شخص لآخر بدخول داره، وإذنه بتناول طعامه؛ كما وقد تكون الإباحة بإذن خاص إباحة استعمال من العباد لبعضهم البعض وهي في حقيقة الأمر الانتفاع بالتسليط على المنفعة فقط كما وقد تكون الإباحة بالأخذ من الشيء، أو باستهلاكه، أو بالانتفاع به فقط.

ومن الجدير بالذكر أنه في إذن العباد يقتضي أن يكون الإذن مقصوراً على ما يبيحه الشارع ولا يأباه ليخرج بذلك إذن شخص لآخر بما يحظره الشرع، كإذن امرأة لغير زوجها في الاستمتاع بها، فهذا محرم شرعاً ويوجب المساءلة لأن هذا الإذن لا يبيحه الشارع أصلاً بنص قاطع، أما المأذون به شرعاً عاماً كان أو خاصاً فإنه يرفع الإثم والحرج وبالتالي فلا مسؤولية على فعله كإذن رسول الله ﷺ للناس عامة في ثلاث لا يمنعن «الماء، والكلأ، والنار». ولا شك أن هذه الإباحة واردة فيما لم تكن بملك خاص، الملك الخاص يخرج عن الإباحة العامة فالماء المحرز مثلاً هو ملك لمن أحرزه ولا شركة فيه لهذا أوجب الأئمة وجوب قطع يد السارق للماء المحرز إذا بلغت القيمة نصاب القطع لأن في هذا اعتداء على حق الغير ولو كان الأصل فيه الإباحة ويحسن بنا أن نتعرض إلى رأي الفقهاء في الاعتداء على المباحات.

الاعتداء على المباحات:

لقد اختلف الفقهاء في الاعتداء على الأشياء التي أصلها مباح فقال بعضهم توجب القطع في سرقتها، وذهب الجمهور إلى أن القطع في كل متمول يجوز بيعه وأخذ العوض فيه، وعمدتهم في ذلك عموم الآية الموجبة للقطع بقوله تعالى: **﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالاً من الله﴾**[1].

وكذا عموم الآثار الواردة في اشتراط النصاب، وفيها ما رواه الشيخان عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعداً».

وقال أبو حنيفة لا قطع في الطعام ولا فيما أصله مباح، وعمدته في الأخيرة الشبهة التي فيه لكل مالك»[2].

والرأي عند فقهاء المالكية أن القطع واجب وإن كان المسروق محقراً بين

(١) سورة المائدة، الآية: ٣٨.

(٢) ابن رشد بداية المجتهد ج/٢ ص/٢٧٦.

الناس كماء وحطب، لأنه متمول ويجوز بيعه، وسواء أكان ذلك المحقر مباحاً للناس وحازه شخص في حوزه الخاص به كالماء والحطب، أو لم يكن مباحاً كالتبن، وسواء أكان يسرع له التغيير والفساد بإبقائه كالأشياء الرطبة المأكولة أم لا خلافاً لأبي حنيفة(١).

أما أبو يوسف وهو من الأحناف فيرى القطع في كل مال محرز يبلغ نصاباً يستثنى بعض الأشياء، ويرى في سرقة الماء المحرز بالقطع لأنه مال متقوم بدليل أنه يجوز بيعه ويجب ضمان قيمته على من يغتصبه.

أما الأحناف فيشترطون للقطع في المال المسروق أن يكون مما يتموله الناس، ويكون مالاً متقوماً يضنون به، أما ما هو تافه وحقير فمن شأنه أن يكون مباحاً لا قطع فيه.

وخلاصة القول إن القطع في المال المسروق يتوقف في العصر الحاضر على معنى التفاهة وعدم المالية، لأن الأصل في الأشياء الإباحة وهي كثيرة، فما كان تافهاً لا يوجب القطع، أما إذا تغير الحال كما هو الشأن في الماء إذا كان في حوزة إنسان، فإنه يعتبر ثميناً ولا يبذل عادة ويضن به لارتفاع ثمنه، أما إذا كانت سرقة الماء لإرواء الظمأ ودفع الهلاك، فلا قطع فيه عملاً بالقاعدة «الضرورات تبيح المحظورات» وتبعاً للحديث الذي نص على أن «المسلمون شركاء في ثلاث في الماء والكلأ والنار»(٢).

الكلأ والإباحة:

الكلأ الذي ينبت في الأرض الموات طبيعياً من غير زراعة أو سقاية لا يختص به أحد، وكذا ماء السماء والعيون والأنهار التي لا مالك لها، وكذا الحطب الذي يحتطبه الناس من الشجر المباح فيوقدونه أو الحجارة التي توري النار ويقدح بها إذا كانت في موات، ويبدو أن المراد بالنّار في هذا الحديث هو الاشتراك في الاستصباح

---

(١) محمد بن أحمد الدسوقي حاشيته على شرح الدردير على مختصر خليل.
(٢) أخرجه أبو داود عن رجل من المهاجرين.

من النار والاستضاءة بضوئها، لكن للموقد أن يمنع أخذ جذوة منها إذ تنقصها ويؤدي إلى إطفائها. فالمباح الذي يجوز الانتفاع به أو تملك ما لا مالك له فهو لمن استولى عليه، أما إذا كانت الأرض مملوكة أو أن الكلأ قد أحرز بعد قطعه فلا شركة فيه بالإجماع، بمعنى أن الكلأ في أرض مهجورة لا مالك لها فهو مباح لمن سبقت يده إليه بقطعه وبالتالي فلا مسؤولية على من حازه، فمعيار عدم الإباحة للكلأ أن يكون قد نبت في أرض مملوكة ففي هذه الحالة يكون ملكاً لصاحب الأرض تبعاً لتملكه الأرض، كما أنه محرز له بإحرازها وبالتالي فكل اعتداء عليه يوجب المساءلة.

النار والإباحة:

النار إذا كانت من حطب مملوك أو فحم أو غيره، أو طاقة كهربائية فحكمه حكم أصلها فهي لمالكها إن كانت مشتعلة من شيء يملكه، أما إذا كانت مشتعلة من شيء مباح فهي مباحة إباحة عامة في جسمها ولهبها سواء بالاستضاءة بها أو الدفء عليها وإلى غير ذلك من وجوه الانتفاع، وعلى هذا فإن سرقة الطاقة الكهربائية سواء للاستضاءة أو للتدفئة بها فهي مال مقوم وسرقته توجب المساءلة لأنها ملك لمن ولّد هذه الطاقة أو أجاز الانتفاع منها ببدل أو بدون بدل، إذ لا تعد في هذه الحالة من المباحات،وفي جميع الأحوال فإن مالكها إذا أوقد مصباحاً كهربائياً أو غير كهربائي لا يملك أن يمنع غيره من الاستضاءة بنوره المنتشر أو الاستصباح به ولكنه يملك أن يطفىء مصباحه إن شاء لأن الضوء عامة لا يختص به صاحبه لأنه بطبيعته منتشر.

إباحة صيد الحيوانات غير المملوكة:

الحيوانات البرية التي لا مالك لها مباح صيدها باليد أو بالآلة إلا ما استثناه الشرع كحيوان البر ما دام في أرض الحرم، أو ما دام الشخص محرماً وإن لم يكن الحيوان في أرض الحرم، أما الحيوانات البحرية فلا نصّ عليها في حظر صيدها، لهذا فصيدها جائز، وعلى هذا فلا مسؤولية على صيد ما ذكرناه لا في الدنيا ولا في الآخرة ومرد ذلك قوله تعالى: ﴿**أحل لكم صيد البر والبحر وطعامه متاعاً لكم**

وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً﴾[1].

كل هذه الإباحة في الصيد إنما هي في نطاق الحيوانات الآهلة، أما الحيوانات المتوحشة المؤذية وهي التي تبتدىء بالأذى على الأغلب كالأسد والنمر والفهد، والذئب وما إليها فيحل قتلها سواء للمحرم أو لغير المحرم. وسواء كانت في أرض الحرم أو لم تكن، بمعنى أنه لا مسؤولية على صيدها وقتلها. عملاً بحديث رسول الله ﷺ إذ قال: «خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم، الحية والغراب، والفأر والكلب العقور والحدأة»[2].

وقياساً على هذا الحديث قال المرغيناني في الهداية: «ليس في قتل الغراب والحدأة والذئب، والحية، والعقرب والفأر والكلب العقور جزاء»[3].

هذا بالنسبة لعدم المسؤولية في الصيد. أما بالنسبة لأكل الحيوان المصيد ففيه حالتان:

الحالة الأولى: هي الحالة المتعلقة بالحيوان الذي يباح صيده وأكله وهي تشمل كل حيوان غير مملوك وليس فيه ضرر في صيده، يباح صيده وأكله إن كان مما أذن الشارع بأكله: ومع ذلك قال البعض إن هذه الإباحة مقيدة بالاكتساب للحاجة والانتفاع منها بالأكل أو الثمن، أما فيما يتعلق بصيدها للهو فقد كرهه معظم الفقهاء، على أن هذه الناحية تنتفي إذا كان الحيوان مملوكاً للغير إذ في صيده في هذه الحالة تتحقق المساءلة، ومعيار المساءلة هنا الاعتداء على ملك الغير.

الحالة الثانية: هذه الحالة متعلقة بما لا يأذن المشرع بأكل الحيوان المصيد، وإن كان مباحاً صيده للانتفاع بجلده أو نحوه، أو لمنع أذاه. هذا وهناك مسؤولية في صيد الحيوانات المحرم صيدها لسبب اجتماعي أو اقتصادي أو نوعي كصيد الحيوانات النادرة إذ الاستمرار في صيدها يعرضها للفناء وقد يكون المنع محافظة

---

(١) سورة المائدة، الآية: ٩٦.

(٢) رواه مسلم والنسائي وابن ماجه عن عائشة.

(٣) برهان الدين المرغيناني ـ الهداية شرح البداية ج/١ ص/١٣٤.

عليها من الانقراض، أو أن في صيدها ضرراً للزراعة كصيد بعض الطيور التي تأكل الحشرات المؤذية للزرع. هذه الحيوانات محرم صيدها لعموم النص الذي ينهى عن إلحاق الضرر بالناس عملاً بحديث رسول الله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»(١).

وعلى هذا فإن جميع ولاة الأمر اتفقوا على ما لا يجوز صيده في أوقات محددة أو ما هو ممنوع كلية حفاظاً على نسله وحرصاً على تكاثره لهذا تقع المساءلة على من يخالف أوامر ولاة الأمور بالخصوص المذكور.

هذا والمساءلة عن المحظورات لا تكون دائماً دنيوية، فقد تكون أخروية، كالمساءلة عن مخالفة نصوص التحريم فيما هو محرم لذاته من الحيوانات، أو محرم لخلل في تذكيتها، من هذه الأشياء تحريم أكل كل ذي ناب من السباع، أو ذي مخلب من الطيور عملاً بقول رسول الله ﷺ أنه: «نهى النبي عن أكل كل ذي ناب من السباع، وعن كل ذي مخلب من الطير»(٢) أما عن صيد البحر فقد حل طعامه عملاً بقوله تعالى: ﴿**أحل لكم صيد البحر وطعامه**﴾(٣).

هذه الآية تفيد عموم الحل في صيد البحر حتى حلّ ميتته، لهذا قال بعض الفقهاء بإباحة الميت من سمك البحر معتمدين حديث رسول الله ﷺ أنه حينما سئل عن الوضوء من البحر قال: «الطهور ماؤه الحل ميتته»(٤).

وعلى هذا، فقد أباح الفقهاء كل حيوان البحر أكله حيّاً أو ميّتاً، أما حيوان البر فإن ما ثبت حرمته بالنص فهو حرام، والقاعدة الممكن اتباعها، أن كل ما نص الشارع على تحريمه من الأطعمة فهو حرام، وما عدا ذلك فهو مباح، وهذا البحث أسهب فيه الفقهاء فليرجع إلى كتبهم كل من أراد التوسع فيه إذ لا مجال هنا للتوسع فيه لأن الموضوع يتناول المساءلة الدنيوية لا الأخروية.

---

(١) أخرجه ابن ماجه والدارقطني ومالك عن أبي سعيد الخدري سعد بن مالك بن سنان.
(٢) الجامع الصغير.
(٣) سورة المائدة، الآية: ٩٦.
(٤) نيل الأوطار ص/١٤.

الفصل الثاني

اباحة احياء الأرض الموات

الأرض الموات هي الأرض الخراب الدارسة والتي لا مالك لها ولا ينتفع بها لعدم صلاحها للزراعة بحالتها الراهنة. فالأرض لهذا الوصف إذن هي موات باعتبار أنها لا مالك لها ولا يعرف أنها عمّرت في الإسلام أو قام أحد بإحيائها. فالاستيلاء عليها في هذه الحالة لإحيائها لا مسؤولية على الفاعل لا في الدنيا ولا في الآخرة، ومفهوم المخالف لهذه الحالة أن الأرض لو جرى عليها ملك مالك معين بطريق من الطرق الناقلة للملكية ففي هذه الحالة لا تعتبر أرضاً مواتاً حتى ولو كانت مهملة أو خربة، وبالتالي لا يباح إحياؤها لتملكها، وعلى هذا فكل أرض إذا اندرست وكانت قد عمرت بطريق التملك إرثاً أو هبة أو شراء، فالملكية ثابتة في هذه الحالة لصاحبها مهما طال زمن الاندراس. تبعاً لقاعدة: أن الملك الثابت لا يزول عن صاحبه مهما طال زمن الاندراس فتحقيق الموات للأرض، هو أن لا يكون لها مالك، فعندئذ يباح إحياؤها بقصد التملك لمن سبق ووضع اليد عليها لهذه الغاية، باعتبار أنه لم يجر عليها التملك، فإذا أحييت الأرض أضحت لمن أحياها فإذا تركها هذا، فلا تسقط ملكيته بالترك عند أبي حنيفة وأحمد والزيدية وإليه ذهب سحنون من المالكية. عملاً بقوله ﷺ «من أحيا أرضاً ميتة ليست لأحد فهي له» وذهب مالك إلى أنها تعود بالترك مع التخرب وعدم العمارة مواتاً غير مملوكة كما كانت، وإلى هذا ذهب ابن القاسم، فيملكها من يحييها بعد ذلك، مثلها

مثل الصيد ينفلت من صائده ويعجز عن رده ويطول زمن ذلك فإنه يعود متأبداً كما كان، يملكه من يصيده بعد ذلك، على أنه إذا تركت الأرض التي تملكت بالإحياء ثم توفي مالكها ثم تركها أيضاً ورثته من بعده وأصبح لا يعرف من أمرها إلا أنها كانت مملوكة يوماً ما بالإحياء ففي هذه الحالة روايتان الأولى: أنها لا تملك لأحد لأنها لا تزال على ملك صاحبها فهذا ما ذهب إليه مالك.

الثانية: أنها تملك بالإحياء لانتهاء الملك فيها وصيرورتها بذلك أرضاً مواتاً وهذا رأي أبي يوسف، وجاء في تبين الحقائق على الكنز للزيلعي أنها لا تعد مواتاً ولا تملك بالإحياء وإنما تعطى حكم اللقطة، وقد رأى بعض الحنفية أن ذلك لا يتفق مع المصلحة وذهبوا إلى أنها تكون لجماعة المسلمين أمرها إلى الإمام يتصرف فيها كما يتصرف في مال بيت المال، وإذا ظهر بعد ذلك مالكها ردت إليه، وهذا ما ذهب إليه محمد. وعند الشافعي مرجع الأمر فيها إلى الإمام[1].

أما الأرض المتخذة مرفقاً وإن كانت قريبة من القرية فإذا لم يتخذها أهل القرية مرفقاً فعلياً بأن كانوا لا ينتفعون منها، كانت من الموات يملكها من يحييها لأن حق أهل القرية لا يتعلق بها في هذه الحالة وهذا رأي محمد[2] على أنه من الملاحظ أن معظم الفقهاء يعتبرون أن الأرض إذا كانت بداخل العامر، أي ضمن حدود المدينة أو القرية لا تكون أرضاً مواتاً مطلقاً، أما إذا كانت الأرض قريبة من المعامر فهي في هذه الحالة تتعلق بمصلحة الناس عامة والانتفاع بها، كالطرق ومسايل المياه. والجبّانات وملاعب الخيل. ومناخ الإبل، ومطرح القمامة، وملقى الأتراب ومراح الأغنام، ونحوها من الأراضي التي لم يثبت ملكيتها لأحد فهي لمصلحة المدينة وبالتالي فلا تملك بالإحياء، كما أنه لا يملك الإمام ولي الأمر أن يأذن لأحد بإحيائها لأنها حق لعامة المسلمين، ولو أذن الإمام بها ففي إذنه اعتداء على حقهم وهذا لا يجوز[3] وواقع المصلحة أن مثل هذه الأراضي هي حق ارتفاق

---

(١) علي الخفيف ـ الملكية في الشريعة الإسلامية ص/١٥٦.
(٢) محمد الشربيني الخطيب ـ الإقناع ج/٢ ص/١٩٧.
(٣) الكاساني بدائع الصنائع ج/٦ ص/١٩٤.

لأهل المدينة أو القرية عامة، ولا يجوز تملكها من أحد. ويرى المالكية أن الأرض مواتاً بوضعها المذكور سواء كانت قريبة أو بعيدة فإذا كانت قريبة فلا بدّ لإباحة إحيائها من إذن الإمام خشية التنازع والخلاف، لأنه قد تكون مجال تزاحم وتنافس في إحيائها. أما الأرض البعيدة فلا يشترطون للتملك بالإحياء إذن الإمام ويستدلون بعموم الأدلة في هذا المقام، دون تفرقة ولا تقييد بقيد البعد، بل يعتبرون أن الأرض الموات مباح إحياؤها ولا حاجة لتملكها بهذا السبب من إذن الإمام، بل مباح كسائر المباحات[1].

هذا ولعل الأصح هو ضرورة إذن الإمام ابتداءً وانتهاء، ومرد ذلك الاستدلال بما رواه معاذ بن جبل أن النبي ﷺ قال: «إنما للمرء ما طابت به نفس إمامه».

فالأصل في الأرض الموات أنها ليست ملكاً لأحد وليس لأحد أن يكون أولى من غيره في إحيائها، وبالتالي فلا بد من إذن الإمام وفقاً للتزاحم عليها، فضلاً عن أن إذن الإمام يعتبر مؤيداً للحق وعند النزاع، يقوم مقام إذن الإمام إذن القاضي، أو حكم المحكمة.

هذا أما بالنسبة لمعيار البعد بالنسبة للأرض حتى تعتبر بعيدة، هو أن لا يسمع من كان فيها جهوري الصوت إذا صاح في أدنى العمران فهذا هو المعيار الذي اختاره السرخسي في مبسوطه، ونقل عن سحنون أن ما لا تدركه المواشي في غدوها ورواحها بعيد وما تدركه قريب فالأرض القريبة إذن هي المفهوم المخالف لمعيار البعد، وبعضهم قال إن القريب هو ما كان قريباً من العمران، وإن الأرض الموات القريبة، لا تملك بالإحياء، وإلى هذا ذهب مالك وأحمد، إلى أن القريب من العمران لا يملك بالإحياء، ومع ذلك يرى أحمد أن تحديد ذلك متروك لعرف الناس ومدار تملك ما هو قريب من العمران بالإحياء متوقف على ما إذا كان الناس ينتفعون به أم لا، فإذا كان الناس لا ينتفعون بما هو قريب من العمران فلا يتعلق

---

(١) ابن عابدين ـ الدار المختار ج/٥ ص/٣٠٢.

به حق ارتفاق، وبالتالي فإنه يعدّ مواتاً[1].

وعلى هذا نخلص إلى القول إن الأرض الموات التي يباح تملكها بالإحياء هي تلك التي لا يملكها أحد ولا يتعلق بها أي حق لأحد، ولا ينتفع بها إما لعدم وصول الماء إليها، أو لغلبة الماء فيها، بحيث كانت مستنقعاً، أو لسوء تربتها بأن كانت سبخة، وغير ذلك من الأسباب التي تحول دون صلاحيتها للإنبات والانتفاع بها، أما الأرض المملوكة مهما كان وضعها، فلا تعدّ مواتاً، كما أن كل ما كان في وسط البلاد من ميادين أو قضاء وما شابه ذلك مما يرتفق به أهلها فهي ليست بأرض موات.

سبب تملك الأرض الموات بالإحياء وأسلوبه.

يرى كثير من الفقهاء أن الأرض الموات تدخل في ولاية الإمام العامة وله بالتالي تبعاً للمصلحة التي يراها أن يقطعها لمن شاء بشرط إحيائها خلال ثلاث سنوات فإذا أحياها في هذه المدة المذكورة ملكها وإلّا استردت منه وأعطاها الإمام لغيره، على أن مالك لا يشترط شرط الإحياء بل يرى أن للإمام أن يقطع الأرض الموات لمن شاء وأراد، وبذلك تضحى ملكاً لمن أعطاها له يتصرف فيها تصرف المالك وإن لم يحيها، وهذا ما ذهب إليه الشافعية ـ وهذا عندهم غير إقطاع الإمام الأرض الموات للإحياء بل إنه من باب التحجير ولا يثبت به الملك إلا بالإحياء ـ هذا ما ذهب إليه الإمام أحمد إذ لم يجعل للإمام أن يقطع الموات إقطاع تمليك[2].

وعلى هذا نجد أن السبب الداعي لتملك الأرض الموات يقتضي توفر ثلاثة شروط:

الشرط الأول: الاستيلاء على مال مباح وهي الأرض الموات.
الشرط الثاني: قيام المستولي على الأرض بإحيائها.
الشرط الثالث: إذن الإمام.

---

(١) محمد علي الخفيف المرجع السابق ص/١٥٧.
(٢) علي الخفيف المرجع السابق ص/١٥٨.

عن الشرط الأول: أن تكون الأرض المستولى عليها مواتاً لا مالك لها ففي هذه الحالة تعتبر الأرض مالاً مباحاً تملك بالاستيلاء عليها.

عن الشرط الثاني: إحياء الأرض الموات هذا الشرط هو ضروري فعلى المستولي أن يقوم باتخاذ مظهر من مظاهر الإحياء للأرض وهذا لا يتحقق إلا بظهور أثره وهو العمل في الأرض، بجعلها صالحة للزراعة أو للانتفاع بها بغير الزراعة، وذلك بإزالة كل ما يجعل الأرض غير صالحة للانتفاع وذلك باستصلاحها وجعلها محلاً للاستغلال بإزالة الأحجار مثلاً في الأرض المحجرة، وزرعها وسقايتها أو حفر بئر فيها، وجلب آلات الري إليها أو حرثها وتسميدها. أو تجفيفها إن كانت مستنقعاً وزرعها فعلاً أو إقامة بناء فيها، وكل عمل يجعل واضع اليد عليها باستعمالها واستغلالها بما يدل على أنها مستعملة أو قريبة الاستعمال. ويرى أحمد في إحدى رواياته إلى أن الإحياء يكون بما يعده العرف إحياءً. وكل هذا يختلف باختلاف الأعراف.

عن الشرط الثالث: **إذن الإمام**: يرى أبو حنيفة أن إذن الإمام ضروري لمن يريد الاستيلاء على أرض موات إذ عنده أن مجرد الاستيلاء على أرض موات لإحيائها لا يكفي بل يشترط لذلك إذن الإمام واستدل على ذلك بقول رسول الله ﷺ: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه».

وهذا الإذن فضلاً عن أنّه يدخل في ولاية الإمام إذ للإمام سلطان ظاهر على العقارات، هذا من جهة ومن جهة ثانية إن وجوب الإذن يحدّ من النزاعات والتزاحم على الاستيلاء على الأرض الموات، كما يكون درءاً للمخاصمات أو الفتن التي قد تنجم عن ذلك، وعلى هذا فإذا أحيا الأرض المستولي عليها دون إذن من الإمام أخرج منها وهذا ما ذهب إليه المالكية كما أشرنا سابقاً وخاصة في الأراضي الموات القريبة من العمران.

وهكذا تجد أنه بتوفر هذه الشروط يملك المحيي ما أحياه من الأرض الموات إن كانت واسعة وممتدة أما إذا كانت محدودة ومحصورة ملكها إذا أحيا ما زاد عن

نصفها ويرى أبو يوسف أنه إذا كان ما أحياه في وسطها ملكها كلها بذلك.

وخلاصة القول في إحياء أرض الموات أنها لمن يحييها بالشروط التي ذكرناها عملاً بحديث رسول الله ﷺ: «الأرض لله ورسوله ثم لكم من بعد فمن أحيا أرضاً ميتة فهي له».

وهذا ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في تملك الأرض الموات باعتبارها مالاً مباحاً. يتملكها محييها بوضع اليد عليها واستعمالها انتفاعاً بخلاف ما هو عليه القانون إذ لا يجيز تملك الأراضي ولو كانت مواتاً إذ الأراضي التي لا مالك لها تكون ملكاً للدولة ولو كانت في الصحراء أو الجبال أو غير معمرة فكل استيلاء أو تعدي عليها يحقق المساءلة لأنه انحراف عن القواعد الواجبة الاتباع بنص القانون وإلى هذا أشار القانون المدني الليبي في المادة/٨٧٨/ على أن الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها تكون ملكاً للدولة ولا يجوز تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها إلّا بترخيص من الدولة وفقاً للقوانين واللوائح.. وبهذا فلا تتملك الأراضي بمقتضى هذا القانون بالاستيلاء عليها ولو أحياها المستولي عليها وعمّرها باعتبار أن الأراضي الموات ليست مالاً مباحاً بنظر القانون على أن هذا لا يمنع من إجازة الدولة بالتملك بوضع اليد بالتصرف بالعقار الموات سواء قام المالك بعمارتها أو لم يقم، كما نص القانون المدني السوري من المادة/٨٣٢/منه على أن:

١ ـ الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها تكون ملكاً للدولة.

٢ ـ ولا يجوز تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقاً للقوانين ومع ذلك فقد فضل القانون السوري لاكتساب حق التصرف على العقار بترخيص من الدولة لأول من أشغله إذا قام بإحياء الأرض بالبناء أو الغرس وذلك تشجيعاً لاستصلاح الأرض واستثمارها إذ نص في المادة/٨٣٤/من القانون المدني:

١ ـ «إذا أثبت صاحب حق الأفضلية، بعد انقضاء مدة ثلاث سنوات، أنه أحيا أرضاً أو بنى عليها أبنية، أو غرس فيها أغراساً، أو رتبها ضمن الشروط

المعينة في الأنظمة الخاصة بأملاك الدولة فإنه يكتسب مجاناً حق تسجيل التصرف على القسم الذي أحياه أو غرسه، أو أنشأ عليه أبنية، أو رتبه».

٢ ـ «على أنه يفقد حق التصرف إذا توقف بعد التسجيل، وفي خلال العشر السنوات التالية للتسجيل، عن استعمال حقه مدة ثلاث سنوات متوالية» نخلص مما تقدم أن القانون في الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها تعتبر ملكاً للدولة. وتخرج عن أن تكون مالاً مباحاً، وقد نظم القانون طريقاً لكسب ملكيتها كما ذكرنا وفقاً للقواعد العامة، بمعنى أن الملكية في الأراضي الموات تستند إلى القانون المؤسس على حق الولاية والسلطان.

أما نظرة الفقهاء سواء من ذهب منهم إلى إباحة تملك الأرض الموات بالإحياء بإذن الإمام أو بدون إذن منه فإن هذه النظرة عامة ترمي إلى التشجيع على استصلاح الأراضي وإحيائها بقصد استثمارها أو الانتفاع بها، فهي في حقيقة الأمر نظرة اقتصادية، ترمي إلى تحقيق مصلحة المجتمع كيفما كان طريق أو أسلوب إحيائها. لأن استثمار الأرض الموات والاستفادة من طاقتها بإحيائها يعود النفع فيه على الناس عامة.

الإباحة في الركاز والكنز

حكم الركاز:

الركاز: هو كل ما ركزه الله تعالى وأحدثه في باطن الأرض من المعادن من حديد أو نحاس أو فضة أو ذهب أو غيره. والمعادن جمع معدن وهي محال الفلز من الأرض وهي من عدن بالمكان إذا أقام فيه وعلى هذا فإن الركاز اسم دال على ما تحويه باطن الأرض من فلزات. كما يشمل الركاز أيضاً ما يدفنه الإنسان من الأموال في الأرض ويعرف باسم الكنز؛ فالفلز اسم لما يوجد في الأرض من جواهرها وهو جزء منها حسب طبيعتها وهو ثلاثة أنواع.

١ ـ صلب قابل للطرق السحب والانطباع بالنار، كالحديد، والنحاس

والذهب، والفضة، وما شابه ذلك.

٢ ـ صلب لا يقبل الانطباع بالنار وهو صلب يتفتت بالطرق كالماس والياقوت والعقيق والزفير وغيره من ضروب الأحجار الكريمة.

٣ ـ سائل كالزئبق والبترول.

وكيفما كان المدلول للفظ ركاز، فإن الذي يهمنا هنا هو البحث في إباحة وضع اليد على الركاز سواء كان معدناً أو كنزاً للتوصل إلى تحقيق مسؤولية واضع اليد عليها أم عدم مسئوليته، وذلك تبعاً لثبوت ملكيته، فهل هو لصاحب الأرض التي وجد فيها باعتباره أنه جزء من الأرض أم أنه لواجده باعتبار أن بطن الأرض لا يملكها أحد؟ أم أنه ملك لبيت مال المسلمين؟.

في ضوء هذا تتحدد المساءلة في مخالفة الحكم الشرعي، والرأي مختلف في أحكام الفلزات من حيث إباحتها أو عدم إباحتها. وهناك أراء عديدة:

١ ـ عند المالكية بعضهم يرى أن المعادن المستخرجة من الأرض من محالها أو مناجمها ليست من الأموال المباحة لهذا فلا يمكن تمليكها لمن يستولي عليها إذ هي ملك للمسلمين بسبب استيلائهم على الأرض ودخولها في حوزتهم فهي لا تعد تابعة لما توجد فيه من الأرض ولا تملك بامتلاك محالها لأن من يملك الأرض يملكها للانتفاع بها زرعاً أو بناءً لا لأخذ ما خفي في باطنها إذ ليس لمثلها تُملّك الأرض أو تطلب عادة، فأمرها للمسلمين يتصرف فيها الإمام ويستغلها لمصلحتهم ولا يسوغ له تمليكها، إنما يقطعها عادة انتفاعاً لمدة معينة، لهذا فلا يجري فيها الميراث بل يرد الأمر عند الوفاة إلى الإمام، وهذا الحكم لا يختلف سواء وجدت المعادن في أرض مملوكة أو غير مملوكة لأحد. وهكذا نجد أن الأمر مناط بالرعاية لولي الأمر يستغل منفعتها لصالح المسلمين استثماراً أو إيجاراً.

لهذا فلا يسوغ إذن تمليك المعادن لمالكي الأرض عملاً بقوله تعالى: ﴿**إن الأرض لله يورثها من يشاء من عباده**﴾[1] فلم تنص الآية على ملكية ما في جوفها

(١) سورة الأعراف، الآية: ١٢٨.

ويبدو لنا أن ما في جوف الأرض يبقى فيئاً للمسلمين ويقول ابن رشد في هذا الصدد: «إنها ليست تبع للأرض التي هي منها، مملوكة كانت أو غير مملوكة وأن الأمر فيها إلى الإمام يليها ويقطعها لمن يعمل فيها بوجه الاجتهاد مدى حياة المقطع، أو مدة ما من الزمان من غير أن يملك أصلها وهذا مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك»(١).

ويبدو أن أصحاب هذا الرأي يرون أن الأرض بإحيائها تملك لوحدها دون حساب لما في بطنها لأن الغاية من تملكها هو الانتفاع زرعاً، أو بناءً، أو تعميراً، وهذه النظرة تنطبق على المعدن الظاهر أو الباطن في الملكية أي ما ظهر فيه بعد الإحياء أو ما كان ظاهراً فيها قبل الإحياء، إذ لا يجوز أن يحتجزها البعض دون الآخرين لهذا كان الحاكم هو صاحب الشأن في هذه المنافع التي يتعلق بها حق الناس؛ وهذه النظرة صائبة تتفق مع العصر الحاضر التي تعتبر كل ما يخرج من باطن الأرض من المعادن والفلزات والكنوز ملكاً للدولة وأي اعتداء عليه يقع تحت المساءلة، ولا شك أن هذا الرأي روعي فيه الصالح العام وهو أقرب للاتباع إذ طاعة ولي الأمر تقتضي العمل بحكمه.

٢ ـ ورأي آخر للمالكية يرون فيه أن الفلزات بجميع أنواعها أموال مباحة يتملكها من يستولي عليها باستيلاء مباشر على محالها من الأرض التي هي في حيازته فهي تتبع الأرض وهي ملك لصاحب الأرض المملوكة إن وجدت فيها وإن هي وجدت في أرض مفتوحة جعلت وقفاً وأعطيت لمن يرى الإمام فيه أهلاً لاستغلالها نظير خراج يدفعه، وإن وجدت في أرض فلاة أو جبل فهي ملك لمن وجدها واستخرجها. فهي إذن أموال مباحة لمن وجدها أو استولى عليها.

٣ ـ ورأي آخر للمالكية يرون أصحابه أن الفلزات تعتبر أموالاً مباحة باستثناء الذهب والفضة، لأن هذه يتزاحم الناس عليها فتكون مدار تحاسد وخلاف بينهم، لهذا أنيط الأمر بالإمام تبعاً للمصلحة التي يراها درءاً للمفاسد

---

(١) ابن رشد مقدمات ج/١ ص/٢٢٤، ٢٢٥.

وجلباً لما يترتب على إدارته فيها من مصالح للمسلمين في هذا الشأن.

ولعل مرد الخلاف في الآراء يرجع إلى اختلاف مفهوم تملك الأرض فإذا كان يشمل تملكها ما في باطنها فتكون ما في باطنها تابعاً للأرض ولا يحق للدولة فيها إلا الخمس في بعض الحالات.

ويرى الإمام الشافعي وأحمد أن ليس للدولة فيه إلا بمقدار الزكاة في الذهب والفضة أما عند الأحناف والشافعية والحنابلة فرأيهم في المعادن أنها قد تعد مباحة أيضاً وقد تكون مملوكة إذا وجدت في أرض مملوكة فتعدّ جزءاً منها وتابعة لها لأنها في الأصل خلقت معها وعلى هذا فتكون ملكاً خاصاً أو عاماً حسب ملكية الأرض، أما إذا كانت الأرض موقوفة، فتكون المعادن المستخرجة منها موقوفة أيضاً تبعاً لها، فتصرف في مصالحها لا للمستحقين لريعها، إذ لا تعتبر هذه المعادن غلة لها، وهذا ما ذهب إليه الأحناف ويرى الإمام أحمد هذا الرأي أيضاً لكنه يستثني من ذلك المعدن السائل لأنّه لا يعتبر جزءاً من الأرض وهو عنده شبيه بالماء يستخرج منها ولا يتبعها. وبالتالي فلا يعد ملكاً لصاحب الأرض، إنّما يأخذ منه حاجته، فحكمه إذن حكم الماء الذي ينبع في الأرض، يكون الناس فيه شركاء أما إذا وجدت المعادن جامدة أو سائلة في أرض موات كانت مباحة لمن وجدها بالاستيلاء عليها وبالتالي يتملكها من سبقت إليها يده لقوله عليه السلام «من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد فهو له»[1] «وفي رواية عنه فهو أحق به».

وهكذا نخلص إلى القول، إن مالكاً والشافعي وأحمد يرون أن المعادن لواجدها يتملكها أو لصاحب الأرض يملكها أيضاً ولا يجب فيها إلا الزكاة في بعض الحالات أما الأحناف فقد أورد السرخسي في مبسوطه أن المستخرج من الأرض ثلاثة أنواع أحدها جامد يذوب وينطبع كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص ويجب فيه الخمس.

---

(١) رواه أبو داود.

ثانيها: جامد لا يذوب كالجص والنورة والكحل والزرنيخ والياقوت والفيروز ولا شيء فيه بالإجماع.
ثالثها: مائع لا يتجمد كالماء والقير والنفط. وفي هذا النوع لا يجب فيه الخمس لأنه مائع خارج من الأرض فصار كالماء. أما عدم وجوب الخمس في النوع الثاني لقوله عليه الصلاة والسلام «لا زكاة في الحجر وللقياس على التراب»[1].

وبهذا نجد أن النوع الأول وهو من المعادن: الصلبة القابلة للانطباع والطرق فيعد مشتركاً للمصالح العامة فوجب فيه الخمس والباقي لواجده أو لمالك الأرض لقوله عليه الصلاة والسلام «في الركاز الخمس». أما في النوع الثاني فهو غير قابل للانطباع بالنار ولا يقبل الطرق فقيس على الحجر والتراب لشبههما في عدم الانطباع وليس في الحجر شيء لهذا كان حكم الحجر والتراب واحد في عدم وجوب الخمس:

أما النوع الثالث فهو المائع من المعادن فيشبه الماء لسيولته، لهذا أعطي حكم الماء في عدم توجب الخمس.

هذا ويلحق بالأموال المباحة ما ترميه البحار كالعنبر والمرجان واللؤلؤ وكل ما استخرج منها فيرى أبو حنيفة هذه كلها أموال مباحة يملكها كل من استولى عليها من البحار، ولا شيء فيها لبيت المال ومرد ذلك عنده أن قاع البحر لا ولاية للإمام عليها بخلاف المعادن المستخرجة من بطن الأرض فللإمام عليها سلطان لهذا وجب الخمس لبيت المال. وقد ذهب مالك والشافعي وأحمد فيما يستخرج من البحر ما ذهب إليه أبو حنيفة وبهذا أوجب فيها الخمس والباقي لواجده أو مستخرجه أو واضع اليد عليه وهذا ما يراه عمر بن عبد العزيز في هذا الخصوص.

هذا رأي الفقهاء في المعادن أما في القوانين الوضعية فقد نظمت أحكام هذه المعادن بقوانين خاصة.

---

(١) الشلبي على الزيلعي ج/١ ص/٢٨٨.

حكم الكنز :

الكنز: هو كل مدفون في باطن الأرض بفعل الإنسان والكنز في نظر الفقهاء أنواع كنز إسلامي وكنز جاهلي، وكنز مجهول زمن دفنه.

عن الكنز الإسلامي:

هذا الكنز يعرف بعلامة أو كتابة عليها تدل على أنه دفن في الأرض بعد ظهور الإسلام.

أما الكنز الجاهلي فهو ما وجد عليه علامة أو كتابة تدل على أنه دفن قبل ظهور الإسلام.

أما الكنز المجهول زمنه وهو الذي لا توجد عليه أي علامة أو كتابة تدل على زمن دفنه.

هذا الكنز بأنواعه لكل نوع منه حكم خاص:

هذا الكنز لا يعد من الأموال المباحة لأنه بعلامته الدالة عليه والمحددة لوصفه تبين أنه مملوك والملكية هذه لا تسقط بالتقادم مهما طال عليه الزمن لهذا فلا يباح لمن يعثر عليه إنما يرده إلى صاحبه إن كان معروفاً، وإن لم يكن معروفاً أخذ حكم اللقطة، فإذا عرف صاحبه خلال المدة المعينة في أحكام اللقطة، صير إلى رده إليه أو إلى ورثته إن كان متوفياً. أما إذا يئس الباحث من معرفة صاحبه حفظت اللقطة عند الواجد حتى يظهر صاحبها أو تصدق بها على الفقراء وإن كان الواجد مستحقاً انتفع به على ما هو عليه رأي الأحناف، أما الإمام الشافعي وأحمد فيريان أنه عند عدم معرفة صاحب الكنز الإسلامي يمتلكه واجده على أن يضمن إن ظهر مالكه[1].

عن الكنز الجاهلي:

هذا الكنز هو ركاز لأنه دفن جاهلي، والركاز كما علمنا يشمل المعادن والكنز عند الحنفية وعند الأئمة الثلاثة لا يراد به إلا الكنز.

---

(١) محمد الشربيني الخطيب ـ الإقناع ج/٢ ص/٢٠٣.

هذا الكنز الجاهلي اتفق الأئمة الأربعة على أن فيه الخمس لبيت مال المسلمين لقوله ﷺ في الركاز الخمس(١) وعلة وجوب الخمس أنه اعتبر حق الغنائم لأنه مال غلب عليه المسلمون فلهم الخمس أما الأربعة أخماس فهي للواجد اذ تعتبر مالاً مباحاً لأن الكنز ليس جزءاً من الأرض فلا يتبعها وهو قول أبي يوسف، ورواية عن مالك(٢) على أن الشافعي لا يرى وجوب الخمس إلا فيما كان ذهباً أو فضة شريطة أن يبلغ النصاب أما في خلاف ذلك بأن لم يكن ذهباً أو فضة أو كان منهما ولكن لم يبلغ النصاب فلا شيء فيه. هذا ويشترط مالك لإيجاب الخمس فيه أن يكون الكنز مما لم يصرف عليه نفقات كثيرة لاستخراجه وإذا صرف كثير من النفقة والعمل كان فيه ربع العشر فقط.

على أن الإمام مالك في المشهور من قوله إن الأربعة أخماس الكنز تكون لواجد الكنز الجاهلي يمتلكه إذا كان قد وجده في أرض مباحة كالصحراء والجبل، أو كان قد وجده في أرض موات أحياها هو أو مورثه، أما إذا وجده في أرض الغير، أو في أرض تملكها شراء، فإن الكنز لا يكون له، لأن الشراء ينقل ملكية الأرض. ولا ينقل ما فيها من كنز إلى المشتري أو الموهوب له وتبقى الكنوز منتقلة بالوراثة في ورثة أول مالك لها لأن العقود المالية إنما تنصرف آثارها على محالها فقط وفي الأرض دون ما يكون في باطنها من الكنوز فلا يشملها عقد البيع شأن هذا كما لو باع صائد سمكة صادها وفي جوفها جوهرة لا يعلمها فإنه لا يمكن أن ينصرف عقد بيع السمكة إلى ما في جوفها لأن العقد ورد على السمكة لا على الجوهرة لهذا تكون الجوهرة من حق الصائد.

ومرد عدم شمول عقد بيع الأرض لما فيها من كنوز لأن الملكية تنقل ملكية الأرض ولا ينتقل معها ملكية الكنز، بل يبقى في هذه الحالة لأول مختط في الإسلام، وهو من أعطيها عند الفتح، أو تبقى لورثته من بعده إن عرفوا ـ وهكذا الرأي أيضاً عند أبي حنيفة ومحمد ـ لأن هؤلاء ملكوا الأرض بتملك الإمام،

(١) رواه النسائي.

(٢) محمد بن يوسف العبدري المواق ـ التاج والإكليل لمختصر خليل ج/٢ ص/٣٤٠.

والإمام ملكها بالاستيلاء عليها بالقوة والقهر والاستيلاء يشمل تملك الأرض وما فيها من كنز، لهذا فإن الكنز ينتقل لورثته من بعده. هذا إذا عـرف أول مختط للأرض، أو أول محيي لها، أو ورثتهما. أما إذا لم يعرف لا هما ولا ورثتهما، فيكون الكنز لبيت المال الذي هو من أموال المسلمين، أو أنه لأول مالك معروف للأرض أو لورثته[1].

وذهب أبو يوسف إلى أن الكنز الجاهلي يكون لواجده لأنّه مال وغنيمة لم تصل إليه يد الفاتحين، إنما وصلت إليه يد المستولي عليه وهو الواجد وحده، لهذا يكون غنيمة له فيأخذ أربع الأخماس منه والخمس لبيت المال.

ويبدو أن رأي الأحناف في الكنز يتضمن حالتين وهي: إما أن يكون لمحارب فيملك ما يأخذه مع الأرض سواء ملكت الأرض عنوة أو عن طريق الإحياء.

وإما أن يكون الكنز مملوكاً لمسلم أو ذمي ففي هذه الحالة تسري عليه أحكام اللقطة.

وذهب الشافعي إلى أن الكنز لا يكون مباحاً لغير مالكه فإذا وجد في شارع أو في مسجد فيعتبر لقطة أما إذا وجد في أرض مملوكة فهو لمالكها إذا دعاه وطلبه ولا يجري فيه الخمس إنما تطبق عليه أحكام الزكاة، أما إذا تركه ولم يدع به، كان للمالك السابق للأرض إذا ادعاه وهكذا رجوعاً حتى إلى أول محيـي للأرض، فإذا لم يكن لها محيي في الإسلام بأن كانت من الغنائم كانت في هذه الحالة للفاتحين.

ويرى الحنابلة أن الكنز يملكه واجده سواء وجده في أرض موات، أو في أرض لا يعرف مالكها أو في أرضه المالك لها أو في شارع أو في طريق غير مملوك أو في خربة فهي له في جميع هذه الحالات، وكذا إذا وجده في أرض مملوكة سواء كانت مملوكة بالإحياء أم بعقد من العقود أو بالميراث فهو لواجده إذا لم يدع به مـالك الأرض، أمّا إذا ادعاه وأقام البينة على ذلك أو حلف اليمين على أنه له. فهو له؛ هذه

---

(١) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي حاشية الدسوقي ج/١ ص/٤٥٦ ـ ٤٥٧ وشمس الأئمة أبو بكر السرخسي المبسوط ج/٢ ص/٢١٤ ـ ٢١٥.

النظرة من قبل الحنابلة تجعل أن الكنز مال مباح يملكه من وجده إلا إذا ادعاه مالك الأرض وأقام الدليل عليه أو حلف اليمين على أنه له فهو له.

هذه نظرة الشريعة الإسلامية في أحكام الكنز أما القانون المدني الليبي فنص في المادة/٨٧٦/ منه على أنه إذا عثر شخص بمجرد الصدفة على كنز في مال مملوك للغير اقتسمه مع المالك مناصفة أما القانون المدني السوري في المادة/٨٣٠/ منه ينص: على أن الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون ثلاثة أخماسه لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز، وخمسه لمكتشفه والخمس الأخير لخزينة الدولة مع مراعاة النصوص الواردة في القوانين والأنظمة الخاصة بالمناجم والآثار.

فالقانون الليبي أو السوري حددا حكم الكنز دون تفريق بين أن يكون الكنز كنزاً جاهلياً أو إسلامياً واستثنيا من ذلك الآثار فخصّها بأحكام خاصة؛ ومرد ذلك تعذر الوصول إلى معرفة من قام بدفنه من المسلمين أوالذميين، لهذا كانت أحكام الكنز تابعة لملكية الأرض وخص الواجد له بنسبة معينة أما إذا وجد في أرض مباحة غير مملوكة لأحد ولم يقم أي مدع بإثبات ملكيته كان الكنز لواجده طبقاً لنص المادة/٨٢٨/ وإن وجد في عقار موقوف كان ملكاً للواقف أو لورثته، أما الأشياء الأثرية فنص على أحكامها بالأنظمة المتعلقة بالآثار.

الفصل الثالث

المباحات بإذن الشارع أو بإذن العباد

أولاً ـ المباحات بإذن الشارع:

هذه المباحات استعمالاً وانتفاعاً هي ما أذن الشارع بها دون التوقف على إذن العباد أو رضاهم، وهذه الإباحات التي أراد الشارع للناس الانتفاع بها إنما أذن بها باعتبارها منافع للناس، وإذنه هذا على وجه الإباحة، ولا يملك أحد منعهم سواء كان الانتفاع بها على وجه التعبد، كالمساجد والمقابر، وما لم يكن كذلك كان على وجه التيسير على العباد كاستعمال الطرق العامة والانتفاع بها، كحق المسيل، وحق المرور، وحق الجلوس في مكان سبق إليه الغير.

هذا الحق يطلقونه المالكية على الانتفاع نتيجة للإباحة فقط وهذا معنى حق الانتفاع.

أما الإباحة بإذن العباد فهو إذن بالانتفاع ولا يطلق عند المالكية على ملك المنفعة على خلاف الأحناف، فإنهم يطلقونه على ملك المنفعة، فمن يملك الانتفاع بتلك العين، كان له السكنى بها والتي تخوله أن ينتفع بها بنفسه فقط كما في بيوت السكنى الموقوفة. كسكنى طلبة العلم، أو كما في الإعارة التي تخـول المستعير أن ينتفع بنفسه فقط، كما ويستعمل حق الانتفاع عند الفقهاء في الدلالة على ما ثبت للمالك، أو للمباح له من الحق في الانتفاع بما يملك أثراً ونتيجة لملكه أو لإذنه في

الانتفاع بما يملك سواء ملك الإنسان ملك عين، فيباح له الانتفاع بتلك العين. كالدار التي يملكها إنسان ما، فله حق الانتفاع بها سكناً، أو كان الإنسان له ملك منفعة فيبيح لشخص ما الانتفاع بتلك المنفعة كالدار الذي يوصي بسكناها لشخص آخر فهذا الأخير ثبت له الحق بالانتفاع بما أبيح له أثراً نتيجة للإباحة، والإذن. فمن يباح له مثلاً بدار يسكنها، فيكون لهذا الأخير حق الانتفاع بسكناها نتيجة لهذه الإباحة..

فالانتفاع على هذا الأساس المذكور يثبت لصاحبه أثراً عن الملكية، سواء كانت الملكية ملكية عين، أو ملك منفعة، كما ويكون حق الانتفاع أثراً للإباحة من الشارع أو المالك.

هذا ويلاحظ أن الأحناف يفرقون بين ملكية المنفعة وبين إباحتها، فملك المنفعة عندهم إنما يثبت بالتمليك سواء كان هذا التمليك بعوض كالإجارة، أو كان بغير عوض كالوقف والإعارة، والوصية بالمنافع، وصاحب حق المنفعة هذا يملك أن يتصرف في المنفعة تبعاً للشروط المحددة بالعقد، إذناً بالتصرف، أو منعاً له، أو وفقاً للعرف.

أما الإباحة فهي تثبت للشخص المباح له الشيء أثراً ونتيجة تبعاً للإذن بأن ينتفع هذا الإذن قد يكون من العبد، كما وقد يكون من الشارع، كما في إباحة الانتفاع بمياه الأنهار، وبالكلأ قبل الإحراز وبالطريق العام والمرافق العامة تبعاً لما أشار إليه رسول الله ﷺ في شركة الإباحة إذ قال «الناس شركاء في ثلاثة: في الماء والكلأ والنار» فهذه الشركة لا تعني شركة ملك، إنما تعني شركة استعمال فيما هو عام للناس جميعاً أو شركة انتفاع. أما إذا كان الإذن من المالك كأن يأذن شخص لآخر بأن يركب في سيارته، فما دام الإذن قائماً، فالإباحة قائمة أيضاً، وحق الانتفاع تبعاً لهذا الإذن ثابت، أما إذا كان الإذن محدداً بمدة فينتهي بانتهاء المدة، أو برجوع الآذن عن إذنه أو بوفاته.

هذا والانتفاع بإباحة الاستعمال تتم بالإذن على الوجه المأذون به من قبل

صاحب الحق فإذا كان على وجه التملك، فإن المباح له يملك المال المباح بالاستيلاء إذا قصد به التمليك؛ أو قد يكون على وجه الانتفاع أو على وجه الاستعمال فقط، ففي جميع الأحوال فإن الإباحة محلها المال دائماً عند الشافعية، إذ لا يملك إلا ما كان مالاً هذا في الملكية التامة التي محلها الأعيان المالية[1]، أما عند الحنفية فتكون الملكية الناقصة في المال وفي غيره كالمنافع، أما الملكية التامة عندهم فلا تتحقق إلا في الأموال وهكذا نجد أن إباحات الاستعمال إنما هي إباحة بإذن الشارع وإباحة بإذن العباد وسنفصل فيها فيما يلي:

أولاً ـ الإباحات بإذن الشارع وهي نوعان:

النوع الأول: ما أذن الشارع باستعماله على وجه التعبد.

النوع الثاني: ما أذن الشارع باستعماله على وجه التيسير للعباد.

عن النوع الأول: ما أذن به الشارع تعبداً:

هذا النوع من الإباحة أذن به الشارع على وجه التعبد كالمساجد والمقابر والرباطات ونحوها وأول هذه الأشياء.

أ ـ المساجد:

الأصل في المساجد أنها بنيت لإقامة العبادة التي يقصد بها وجه الله تقرباً إليه سبحانه وتعالى، فضلاً عن أنها مكان لاجتماع الناس والدعوة إلى التعاون على البر والتقوى بما فيه خير المسلمين هذه الأهداف المذكورة مقصورة على المساجد التي ترمي إلى تحقيق الهداية في العبادة وإقامة شعائر الله، لهذا لا يباح في المساجد القيام بأعمال وتصرفات دنيوية كالتجارة والبيع وإقامة النكاح، كما لا يباح فيها الطعام والشراب إلا لغريب أو معتكف فيها، كما لا يباح فيها الكلام إلا بالخير وبالحض على البر والتقوى، وبقراءة القرآن وتعليم الحديث، أو كل ما يتعلق بأمور الدين ونشر الدعوة الإسلامية. ومرد عدم الإباحة في عدم جواز شغل المسجد بحقوق

---

(١) جلال الدين السيوطي ـ الأشباه والنظائر ص/٣٤٠.

العباد قول رسول الله ﷺ «أنه نهى رسول الله عن البيع والشراء في المسجد» لهذا كان إشغال المسجد بحقوق العباد مكروهاً. ومع ذلك فلا بأس في الحديث في المسجد إذا كان قليلاً إلا إذا قصد المسجد للحديث فيه فلا يجوز. «أما بالنسبة للمعتكف فقد رخص له بأكل، وشرب، ونوم، وعقد احتاج إليه لنفسه أو بماله، أما لو كان للتجارة كره ذلك كالبيع والنكاح والرجعة، كما كره تحريماً إحضار المبيع فيه، كما كره فيه مبايعة غير المعتكف مطلقاً، كذا أكله ونومه لا لغريب»(١).

هذا ولا يباح الكلام في المسجد إلا عند الحاجة، وفي غير ذلك فهو مكروه إذ الكلام في المسجد يأكل الحسنات كما تأكل النار الحطب، إذ الغاية من المساجد أن تحقق ما وضعت إليه في الأصل. لأنه بيت الله وقد خصص لذكر الله قال تعالى: ﴿**وأن المساجد لله فلا تدعوا مع الله أحداً**﴾(٢) هذا كما لا تباح الصناعات فيه كما لا يباح استعمال المسجد أسواقاً أو إقامة الحد فيه لأنه خصّص لذكر الله. لهذا منع أيضاً اتخاذ المسجد طريقاً أو إشهار السلاح فيه، وإلى هذا أشار رسول الله ﷺ: «خصال لا تنبغي في المسجد، لا يتخذ طريقاً، ولا يشهر فيه سلاح، ولا يمر فيه بلحم ني، ولا يضرب فيه حد، ولا يتخذ سوقاً»(٣).

هذا كما يقتضي احترام المساجد وتجنيبها الصبيان والمجانين لقوله عليه الصلاة والسلام: «جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وشراءكم وبيعكم وخصوماتكم وإقامة حدودكم وسل سيوفكم».

هذا وقد صرح الأحناف بعدم إباحة الصلاة على الميت فيها عملاً بحديث أبي داود وابن ماجه عن أبي هريرة عن النبي ﷺ.

«من صلى على جنازة في المسجد فلا أجر له» ومرد ذلك أنها بنيت لأداء الصلوات الخمس، كما لا يجوز إباحة الدفن في المسجد لأن ذلك يتنافى مع الغاية

---

(١) حاشية ابن عابدين ج٢ ص/١٤٦.
(٢) سورة الجن الآية: ١٨.
(٣) رواه ابن ماجه.

التي أعد لها، كما لا يجوز إقامة المساجد على المقابر عملاً بحديث رسول الله ﷺ: «إن من كـان قبلكم كانـوا يتخذون قبـور أنبيائهم وصـالحيهم مساجـد ألا لا تتخذوا القبور مساجد إني أنهاكم عن ذلك» وقد روي عن قتادة «أن أنساً مرّ على مقبرة وهم يبنون فيها مسجداً فقال كان يكره أن يبنى مسجد في وسط القبور».

هذه نظرة الفقه الحنفي بالنسبة لما يباح في المساجد، أما في الفقه المالكي، فأصحاب هذا المذهب يبيحون للرجل السكنى في المسجد إذا كان معتكفاً، كما يبيحون إجراء عقد النكاح فيه للشهرة والتبريك، كما يبيحون فيه قضاء الـدَّيْن اليسير، ويبيحون النوم بالقائلة مطلقاً، وبالليل لمن لا نزل له، وعلى هذا لا يباح عندهم الدفن في المسجد ولا تعليم صبي قرآنـاً أو غيره لانعـدام التحفظ عند الصبيان، كما لا يباح البيع والشراء، ولا سلّ السيف، ولا إنشـاد ضالـة، ولا إدخال الميت مسجداً، ولا الصلاة عليه فيه، ولو كان هو خارج المسجد[1].

ويقول ابن رشد بهذا الخصوص «واختلفوا في الصلاة على الجنازة في المسجد فأجازها العلماء وكرهها بعضهم ومنهم أبو حنيفة، ويبقى أصحاب مالك، وقد روي كراهية ذلك عن مالك، وتحقيقه إذا كانت الجنازة خارج المسجد والناس في المسجد، وسبب الخلاف في ذلك حديث عائشة وحديث أبي هريرة، أما حديث عائشة فما رواه مالك من أنها أمرت أن يمر عليه بسعد بن أبي وقاص في المسجد حين مات لتدعو له، فأنكر الناس عليها ذلك فقالت عائشة ما أسرع مـا نسي الناس ما صلى رسول الله ﷺ على سهل بن بيضاء إلا في المسجد، وأما حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من صلى على جنـازة في المسجد فـلا شيء له» وحديث عائشة ثابت وحديث أبي هريرة غيـر ثابت، أو غير متفق على ثبوته، لكن إنكار الصحابة على عائشة يدل على اشتهار العمل، بخلاف ذلك عندهم»[2].

هذا ولا حاجة إلى استقصاء رأي بـاقي المذاهب، بـل يمكننا القـول إن المذاهب تكاد تكون مجمعة على تحقيق الغاية التي من أجلها توجه النـاس لبناء

---

(١) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي ـ حاشية الدسوقي ج/١ ص/٧ وج/٤ ص/٤٢٣.
(٢) ابن رشد بداية المجتهد ج/١ ص/٢٤٣.

المساجد لإقامة شعائر الله والعبادة فيه، وقبول كل ما فيه تعاون على البر والتقوى، وتصفية النفوس وتهذيبها وإصلاحها كل ذلك عن طريق العبادة لله واتباع شرع الله في المعاملات، ومع ذلك فإن اختلاف بعض الفقهاء في بعض المسائل كاختلافهم في صلاة الجنازة في المساجد والأكل والمبيت فيها لغير المعتكف، أو مباشرة بعض الصناعات فيها فإن هذا الخلاف لا يرقى إلى درجة التحريم ودائرته وإن كانت هذه الأمور تدخل في نطاق دائرة الحلّ، فهي إذن تتسع للإباحة أو الكراهة، لأن القاعدة العامة أن الأمور بمقاصدها فالمعيار الصحيح في الأفعال والتصرفات في المساجد إذن هو كل ما يدخل في نطاق مهمة المساجد ورسالتها، أو ما يكون فيه قربة إلى الله سبحانه وتعالى، أو موصلاً إليها، أو مساعداً عليها فهو مباح، إذ الأحكام تدور مع علتها وجوداً وعدماً، لهذا فإن بناء المساجد أو بناء المستشفيات أو دور العلم أو دور الصناعة التابعة لها. كل هذه فيها قربة إلى الله سبحانه وتعالى؛ إذ غايتها نفع الأمة الإسلامية، وهي من مظاهر البر، إذ كلها تهدف إلى التهذيب الصّحي والخلقي، أو لرفع المستوى العلمي لبناء الشخصية الإسلامية الصالحة للأمة، ولهذا كانت مباحة في إطار المحافظة على حرمة المسجد ونظافته، وهذا ما كان عليه السلف الصالح من الصحابة والتابعين، إذ كانوا يتخذون من المساجد دوراً لنشر العلم ومجالساً للقضاء لفضّ النزاعات، كما كانوا يرخصون فيها لتقبل التهاني أو التعازي أحياناً، فهم إذن يقبلون هذه الأمور إلى جانب المهمة الأساسية لبنائها كل ذلك في إطار المحافظة على قدسيتها وحرمتها وكرامتها بما لا ينحرف عن أهدافها في العبادة والبرّ والتقوى وهذا ما نلاحظه في العصر الحاضر إذ جعلوا من المسجد مؤسسة متكاملة إذ كثيراً ما تخصص قطعة أرض لبناء جامع ومكتبة ومدرسة ومستشفى وصيدلية كل هذه تابعة له.

أما فيما يتعلق بالدفن في الجوامع، فلا شك أنه غير مستحب، إذ الشريعة الإسلامية لا تفاضل بين الناس إلا بالتقوى، فمن البديهي أن لا تفاضل بينهم في الممات، إذ الناس سواسية كأسنان المشط لهذا لا يمكن أن تكون دور العبادة أماكن للدفن أو لبناء الأضرحة فيها إذ هو لا يتفق مع روح الإسلام فضلاً عن أنها تخرج

المساجد عن الغاية المعدة لها أصلاً لا سيما وأن الموت مظهراً واضحاً للمساواة بين الناس في الحياة الدنيا، لذلك فلا يسوغ اعمال التفاضل والتفاخر في المدافن والأضرحة طالما أن الغاية وجه الله وأعمال البر والتقوى، والتماس الأجر عنها عند الله بما يقدم الإنسان من خير عملاً بقوله تعالى بما حض عليه: ﴿**وما تقدموا لأنفسكم من خير تجدوه عند الله**﴾[1] وهكذا تجد أن استعمال الجوامع في غير ما خصصت لها أصلاً تعرض المستعمل الخارج عن هذه الغاية للمساءلة، وخاصة إذا ألحق بها الإساءة في حرمتها وقداستها فضلاً عن الإثم الذي يلحق بالمسيء يوم القيامة.

ب ـ القبور:

أما بالنسبة للمقابر فهي كذلك تقتصر على ما أنشئت من أجله، بمعنى أن تكون قاصرة على دفن الموتى على ما ذكره الفقهاء إذ الدفن فرض كفاية ويكون عادة في المقابر العامة، ومع ذلك يجوز أن يكون في مقابر خاصة، وإن يكن الدفن في المقابر العامة أفضل، هذا ويستوي في الانتفاع في المقابر الأغنياء والفقراء دون تمييز، إذ هي إباحة لا تقتصر على فئة دون فئة[2] إذ: الأصل فيه قوله تعالى: ﴿**ألم نجعل الأرض كفاتاً أحياء وأمواتاً**﴾[3] هذا والدفن قد علمنا الله إياه بقوله: ﴿**فبعث الله غراباً يبحث في الأرض ليريه كيف يواري سوأة أخيه**﴾[4].

والدفن إذ أباحته الشريعة الإسلامية في المدافن العامة والخاصة إنما يقتضي مراعاة حرمتها وعدم الجلوس عليها، إذ نهى رسول الله ﷺ عن ذلك بما رواه جابر بن عبد الله إذ قال: «نهى رسول الله ﷺ عن الكتابة على القبور والجلوس عليها والبناء عليها» وكذلك عن الكتابة: ما روي عن رسول الله قوله حديث عمر ابن

---

(١) سورة البقرة، الآية: ١١٠.
(٢) ابن رشد بداية المجتهد ج/١ ص/٢٤٤.
(٣) سورة المرسلات، الآية: ٢٥ ـ ٢٦.
(٤) سورة المائدة، الآية: ٣١.
(٥) ابن قدامة المغني ج/٢ ص/٥٠٧ وابن عابدين ج/١ ص/٦٥٨.

حزم قال: «رآني رسول الله ﷺ على قبر فقال: «انزل عن القبر لا تؤذي صاحب القبر ولا يؤذيك».

وعلى هذا فيكره الجلوس على القبر والاتكاء عليه والمشي عليه كما يكره أن يبنى مسجد في وسط القبور.

هذا بالنسبة لما أذن به الشارع استعماله على وجه التعبد إنما هو إباحة يفيد الإذن، وهو تخيير من جانب الله سبحانه وتعالى كما يمكن أن يكون التخيير قائماً بين العباد أنفسهم بعضهم لبعض، وعلى هذا فالإباحة إذن ليست من باب التعاقد، لكنها مع ذلك تفيد إيجاباً مطلقاً ودائماً للناس كافة، فهو وإن كان يفيد الإذن القولي والعملي، فهذا الإذن لا يخرج عن مفهوم الإيجاب وإن كان لم يحدّ لشخص معين معلوم.

عن النوع الثاني: ما أذن به الشارع للناس على وجه التيسير عليهم:

هذا النوع من الإباحة مأذون به من الشارع على وجه التسهيل لعامة الناس للاستفادة منها دون أن يكون لأي كان ملك خاص فيها، كالسكنى في الغابات، أو الكهوف والأراضي غير المملوكة لأحد، أو الانتفاع بها على وجه التعميم لكافة الناس، دون تمييز، كالاستضاءة بنور القمر وأشعة الشمس، أو الانتفاع من الهواء المطلق، أما الهواء المصنع في الحوجلات فهو ملك لمصنعه.

هذا كما يباح الانتفاع من الطرقات العامة ومجاري المياه العامة، ولعل ما يهمنا هنا الإباحة في الطرق العامة، إذ هذه الطرق يثبت بها الانتفاع للناس جميعاً على السواء بحق المرور فيها، كما يحق لمالكي العقار أن يكون لهم حق الارتفاق عليها بفتح النوافذ والأبواب؛ كل ذلك دون أن يكون لهم الحق في التغيير في نفس الطريق مما يعرقل السير فيه أو يضيق من سعته، ويقول الإمام الغزالي في هذا الشأن: «وأما الطريق العام فالشوارع على الإباحة كالموات فيما يمنع الطروق فلكل واحد أن يتصرف في هوائه بما لا يضر المارة، وكذلك يفتح إليه الأبواب، والأظهر

جواز غرس شجرة وبناء دكّة إذا لم يضيق الطريق»[1] هذا كما ليس للناس أن يجلسوا في الطريق لأن فيه تضييق على الناس وأذى للمارة إلا في حالة الضرورة الملحة، وإلى هذا أشار رسول الله ﷺ إذ قال: «إياكم والجلوس على الطرقات فإن أبيتم إلا الجلوس فأعطوا الطريق حقه، غضّ البصر وكف الأذى، ورد السلام والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر»[2].

على أنه يجوز البيع والشراء في الطريق العام إذا كان ذلك لا يضر بأحد من الناس وإلا فلا؛ وإلى هذا أشار ابن قدامة بقوله: «وكان من الشوارع والطرقات والرحاب بين العمران فليس لأحد إحياؤه، سواء أكان واسعاً أو ضيقاً، وسواء ضيق على الناس أو لم يضيق، لأن ذلك يشترك فيه المسلمون، وتتعلق به مصالحهم فأشبه مساجدهم، ويجوز الارتفاق بالقعود في الواسع من ذلك للبيع والشراء على وجه لا يضيّق على أحد ولا يضر بالمارة لاتفاق أهل الأمصار في جميع الأعصار على إقرار الناس على ذلك من غير إنكار، ولأنه ارتفاق مباح من غير إضرار، فلم يمنع منه كالاجتياز» [3].

هذا وإذا حدث أي انتفاع من الطريق العام من قبل أحد على وجه يضرّ به أو يقلل من الانتفاع منه، فلا بد من الرجوع إلى الحاكم ليمنعه من ذلك، كل هذا دفعاً للخلاف وحسماً للخصومة؛ ومع ذلك فإن الإذن بالانتفاع على وجه التيسير على العباد، إذ يعني الإباحة، فإن هذه الإباحة مقيدة ضمناً بقيد الضمان إذا أضر المنتفع بما أذن له بالانتفاع منه على وجه التيسير والتسهيل لقضاء حاجته، بمعنى أن المساءلة تتحقق إذا أساء المنتفع بالحاجة المأذون له بالانتفاع منها، فالعين المباحة لا تقتضي ثبوت الملكية بالاستيلاء عليها، لأنه ليس لأحد من العباد أي حق في تملكها، ومع ذلك يتصور الضمان نتيجة مساءلة من أساء أو أفسد فيه كمن يفسد

---

(١) محمد بن عبد الكريم القزويني ـ فتح العزيز شرح الوجيز للغزالي ج/١ ص/١٧٨.
(٢) أخرجه البخاري وأبو داود عن أبي سعيد الخدري.
(٣) ابن قدامة المغني ج/٥ ص/٥٢٥.

الطريق العام بإقامة بناء فيه، أو يفسد مجرى النهر بإحداث خلل فيه كتخريب حافته أو تغيير مجراه.

وهكذا نجد أن الإباحة بالانتفاع على الرغم من أنه مأذون بها من الشارع فهي مقيدة بقيد احترازي يفيد عدم الإضرار بما يخرجه عن الاستعمال أو الانتفاع العادي المألوف. على أنه من هو المسؤول عن منع الأذى أو الإساءة للمباحات في الانتفاع بها على وجه التيسير والتسهيل؟ هل لكل إنسان الحق في أن يمنع الاعتداء أو يقوم بنزعه؟ الرأي عند الفقهاء أنه: «من أخرج إلى الطريق العام كنيفاً أو ميزاباً أو دكاناً.

فلكل نزعة أي لكل من أهل الخصومة مطالبته بالنقض». وقال الزيلعي والكلام في هذه المسألة في ثلاثة مواضع:

الأول: هل يحلّ له إحداثه في الطريق أم لا؟.

الثاني: في الخصومة في منعه من الإحداث فيه ورفعه بعده.

الثالث: في ضمان ما تلف بهذه الأشياء إلى أن قال: فإن كان الإحداث يضر بأهل الطريق فليس له ذلك، وإن كان لا يضر لسعة الطريق جاز إحداثه فيه ما لم يمنع منه، وعلى هذا العقود في الطريق للبيع والشراء يجوز إن لم يضر بأحد. إن أضر لم يجز[1].

وهكذا يتضح لنا أنه يقتضي الرجوع إلى ولي الأمر سواء لأخذ الإذن بترخيص الفعل، أو لمنع التعرض أو برفع الخصومة وقطع الخلاف لأنه هو المرجع والمشرف على شؤون الناس والراعي لمصالحهم في إطار ما يحقق الصالح العام، لهذا كان لا بدّ من ضرورة الاستئذان وتبليغ الحاكم أو المحتسب بالفعل أو بالمنع، لما في ذلك من رفع الخلاف وحسم الخصومات.

وخلاصة القول، إن الطريق العام مباح للناس كافة للاستفادة منه تسهيلاً وتيسيراً على العباد فهو حق مرور، أي حق ارتفاق عام، كما أن لأصحاب البناء أو

(١) فخر الدين عثمان الزيلعي ـ تبيين الحقائق ج/٦ ص/١٤٢.

المتصلين به أن يفتحوا ما يشاؤوا من أبواب أو نوافذ بما لا يضر به، كما أنه لكل واحد من أهل الخصومة أن يخاصم، طالباً منع ما أحدثه الآخرون بما فيه ضرره، كما له أن يطالب بنقض وهدم ما حدث؛ فالمعيار الذي يبيح التدخل أو المخاصمة، هو وجود ضرر وهذا متفق عليه، أما ما ليس فيه ضرر ظاهر، أو فيه ضرر يسير أو خفي فهو موضع خلاف عند الفقهاء.

والسؤال الذي يطرح نفسه إذا كان الطريق العام مرفق عام للناس عامة ينتفعون منه على وجه الإباحة، فهل لولي الأمر أن ينزع ملكية بعض العقارات المتصلة بالطريق العام لتوسيعه نفعاً للناس. جبراً عن أصحابها على أن يضمن قيمتها، فهل في هذا مساءلة للحاكم أو ولي الأمر؟.

المتفق عليه أنه يجوز لولي الأمر أن ينزع ملكية بعض العقارات المتصلة بالطريق العام نفعاً للناس وتوسيعاً له على أن يدفع قيمة ما نزع من الملكية الخاصة لصاحبها وفقاً لتقرير الخبراء بالسعر السائد في ذلك الحين، إذ المعروف أنه نزع ملكية بعض الدور المحيطة في الحرم الملكي جبراً عن أصحابها، وذلك بعد أن قدرت قيمتها ودفعت لأصحابها أو أودعت بحسابهم، وقد حصل هذا في عهد الخليفة عمر بن الخطاب والخليفة عثمان وغيرهما.

ثانياً ـ المباحات بإذن العباد:

الإباحة بإذن العبد هي ترخيص ممن يملك رقبة العين أو منفعتها للغير دون تمليكه وذلك على وجه لا يأباه الشرع، كمن يملك عقاراً مثلاً فيبيح للغير الانتفاع منه كمن يملك سيارة فيبيح ركوبها لضيفه واستعمالها والانتفاع بها، أو من يملك طعاماً فيأذن للغير باستهلاكه، سواء على وجه الصدقة أو على وجه الضيافة دون تمييز الفقير أو الغني، كولائم الأفراح أو ولائم التعزية إذ توضع الوليمة معروضة للغادي والرائح.

فالإباحة على ما ذكرناه إذن من صاحب المال يرد على الانتفاع منه عن طريق

الإجازة أو العارية أو الوصية بالمنفعة أو الوقف، كل هذا مشروط بتحقق إذن مالك النفعة، هذا وإذا كانت الإباحة مقيدة بشخص معين، فلا يسوغ للمأذون بالانتفاع من المال أن يعيره للغير، وإلّا كان متعدياً ومخالفاً لإرادة صاحب الإذن. وهو مالك الرقبة، أو مالك المنفعة، إذ في هذه الحالة تتحقق مساءلته تجاه المالك الذي أذن بالانتفاع ففي الإعارة مثلاً، إذا أذن المعير للمستعير أن ينتفع بالعارية لنفسه دون غيره، صحت العارية، وصح شرطها، وكذا في الوقف والوصية يراعى الموقوف له أو الموصي له دائماً إرادة الواقف أو إرادة الموصي، وعلى هذا نجد أن الإباحة بإذن العبد تشترط شرطين أساسيين:

الشرط الأول: أن يكون الإذن بالإباحة يفيد الانتفاع لا تمليك الرقبة أو العين بمعنى أن يكون الترخيص لا لوجه التمليك.

الشرط الثاني: أن يكون الإذن بالإباحة متفقاً مع الشرع، أما إذا كان يأباه الشرع فإن هذا الترخيص لا ينفذ، إذ لا إباحة فيما يأباه الشرع مثال ذلك، أن تأذن امرأة لغير زوجها بالاستمتاع بها. فإن هذا الإذن يفيد الموافقة على الزنا وهذا ما يأباه الشارع بنص قاطع. فإذن العباد في مثل هذه الحالة لا قيمة له مطلقاً، كمن يأذن لمسلم بتناول الخمر على مائدته فالشراب وإن كان في الأصل مباحاً ولكن الشراب المحرم لا يجوز الإذن به، والخمر قد حرم بنص قاطع وبالتالي فالإباحة فيه غير جائزة لعلة التحريم.

فالإباحة إذن تقتضي دائماً أن تكون مقرونة بموافقة الشارع أي بما لا يخالف قواعده، ومرد ذلك، أن حقوق الله لا يجوز لأحد أن يتصرف بها، بمعنى أن إذن العبد لوحده لا يحقق الإباحة الشرعية، لأن إذن العبد مرتبط وجوبه بما لا يخالف أحكام الشريعة فصاحب الحق الشخصي أو مالك الشيء لا يكون دائماً حراً في التصرف، بل هو مقيد بإذن الشارع، بمعنى أنه لا يسوغ له أن يضع إذنه في غير المواضع الشخصية لأن حقه مقيد بصالح الجماعة وهذا الفارق في التصرفات والأفعال بين الشريعة والقانون الأوروبي إذ كثيراً ما تجد من التصرفات والأفعال لا عقوبة عليها في نظر القانون بينما هي معاقب عليها في نظر الشريعة مثال ذلك

الوقاع في غير الزوجة، هذا الفعل لا يعاقب عليه، إلا في حالة الاغتصاب، بمعنى أنه لا مسؤولية على الفعل في نظر القانون إذا تم بالتراضي، بينما هو معاقب عليه بنظر الشريعة الإسلامية، لأنه يدخل في شمول حق الله، ومثل هذا الحق ليس مجالاً لإذن العباد لأنه حق الله، ولأن مصلحة الجماعة تقتضي تحريمه في كل صورة وتترتب المساءلة على فعله لأن إباحته يهدد النسل بل ويفسده ويصرف الناس عن الرغبة في الزواج وهو من المفاسد التي تفكك الأسرة والمجتمع، كما تهدد بانتشار الفاحشة والأوبئة والأمراض الخطيرة وخاصة المرض الذي ظهر حديثاً وهو الإيدز(١).

وعلى هذا نجد أن إذن الشريعة هو الأصل، وهو إذ يكون في حق الله خالصاً في العبادات، يكون أيضاً فيما يغلب فيه حق الله وهو ما يتعلق بالمجتمع لأنه متعلق بالصالح العام لهذا فلا يملك المرء التصرف فيما يملك التصرف فيه دون تحقق إذن الشارع كاستحلال البضع بكلمة الله، هذا الحل إذ يتم بموافقة الزوجين عن طريق العقد الذي يفيد رضاهما ويجعل الزوجة محرمة على غير زوجها، ومع ذلك فإن حل الاستمتاع ببضع الزوجة إنما تم بكلمة الله وإذا هو خاص بالزوج فإنه مع هذا لا يملك إباحته للغير وإن كان قد ملك المتعة لكن هذا التملك لا يكون إلا في حدود ما أذن به الشارع، إذ لا يرد مطلقاً القول بأن هذا الملك يفيد حرية التصرف فيه، ذلك أن ملك المتعة إنما هو من قبيل ملك الانتفاع لا ملك المنفعة، وإلى هذا أشار القليوبي في حاشيته على شرح منهاج الطالبين فقال: «إن

---

(١) هو (فيروس) قصور المناعة (HIV) أو العوز المناعي وقد أبلغ عن حالاته الأولى في عام ٩٨١ هذا الفيروس Human immuno - DEFICIENCY ViRiS ويقع بين الشواذ جنسياً إذ تحصل العدوى فيه من خلال العلاقات الجنسية غير المشروعة، وقد بلغت معدّلات العدوى بفيروس العوز المناعي البشري ٨٠٪ بين البغايا في بعض المجتمعات وقد دلت الإحصائيات أخيراً أن العدوى تنتقل بالاتصال الجنسي بين أفراد الجنس الواحد أو الجنسين على السواء وأفضل طريقة لاتقاء العدوى من هذا المرض الامتناع عن ممارسة الجنس خارج الإطار الذي تسمح به الأديان السائدة.
د. محمد حلمي مدير المكتب الإقليمي لمنظمة الصحة العالمية في الشرق الأوسط ـ مجلة طبيبك عدد/ ٤٠٥ ص/ ٢٠ وما بعدها.

النكاح شرعاً عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ نكاح أو تزويج فهو ملك انتفاع لا ملك منفعة»[1].

وهكذا نجد أن إذن العبد لوحده لا يقرر الإباحة إذا كان يأباه الشرع كالمتعة مثلاً، وهي وإن كانت تتم بموافقة الطرفين وتراضيهما على الاستمتاع على أجل معين كاليوم أو الشهر أو السنة وهي محرمة عند السنيين أما عند الشيعة الجعفرية فهم يدخلونها في إذن العباد بعضهم لبعض، كما اعتبروا وطء الإماء ملك منفعة وينعقد عندهم بلفظ الإباحة والتحليل عند بعضهم، ولا حصر في عدد النساء اللاتي يستمتع الشخص بهن عند الجعفرية في هذا الطريق[2].

أما عند جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء يرون أن نكاح المتعة باطل ولا ينعقد أصلاً لنهي رسول الله ﷺ أو تحريمه وقد فسخ إباحته له في إحدى الغزوات، ويبدو أن تحريم رسول الله للمتعة بلغ حد التواتر، فقد أثر عنه أنه نهى المتعة في ست مناسبات الأولى في خيبر، والثانية في تبوك، والثالثة يوم الفتح، والرابعة بعد ذلك في عام الفتح، والخامسة في عمرة القضاء، والسادسة في حجة الوداع وكانت سنة عشر هجرية كما ورد عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، أنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المتعة، قال وإنما كانت لمن لم يجد، فلما أنزل النكاح والطلاق والعدة والميراث بين الزوج والمرأة فسخت»[3].

وعلى هذا تستطيع القول إن المتعة ليست بزواج، كما أن المعقود عليها عقد متعة ليست بزوجة حتى عند الشيعة وإلى هذا أشار الإمام جعفر فقال عنها «إنها الزنى» فإذن العباد لبعضهم البعض على ما ذكرناه فيما يأباه الشارع لا يحقق أثره، بل هو باطل ويحقق المساءلة، إذ الحق لا يكون إلا بما فيه مصلحة مستحقة شرعاً، وفي هذا يكمن حق الله لأنه يتعلق بالنفع العام والمحافظة على نظام المجتمع وسلامته وهذا بالطبع لا يختص به أحد بل هو تحقيق المصلحة الدنيوية للناس عامة

(١) شهاب الدين أحمد القليوبي الحاشية على شرح منهاج الطالبين ج/٤ ص/٢٠٦.
(٢) جعفر بن الحسين الحلي المختصر النافع في فقه الامامية ص/٢٠٥ ص/٢٠٦.
(٣) محمد الهمداني ـ الاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الأخبار ص/١٨٨.

وصيانة لحقوقهم فتحريم الزنا مثلاً هو من حقـوق الله لا يجوز لأحـد انتهاكهـا لتعلقها بسلامة الإنسان وحفظ النسل ومنع الفتن والمنازعات بين الناس، وهذا الحق إذ هو محرم لا يستباح بإباحة أحد وعلى الناس قاطبة امتثال أوامره واجتناب نواهيه، على خلاف حق العبد فإنه يستباح بإباحة المالك وقد شرع لمصلحة الأفراد بعضهم لبعض كبدل الضمان، وبدل المغصوب، ومقدار الدين، هذه الحقوق عند فقهاء الشريعة تدخل في شمول الملك ويدخل فيه كافة أنواعه إذ قد يكون حقاً مالياً أو غير مالي، وقد يعوض عنه بالمال أو لا يعوض، وقد يقبل الاسقاط أو لا يقبله، وقد يورث، أو لا يورث وإلى هذا أشار الأحناف فقالوا: «إن حق الله هو ما يتعلق به النفع العام للعالم وحفظ النظام العام فيه، فهو شامل للمصلحة العامة الدنيوية والمصلحة الأخروية فلا يختص به أحد إنما نسب إلى الله تعظيماً ولتشريف ما قوي نفعه وعظم خطره، ومثلوا ذلك بحرمة الزنا التي يتعلق بها عموم النفع من سلامة الإنسان وصيانة الفراش ومنع الضمانات والمنازعات بين الناس».

وعلى هذا فحق الله لا يمكن أن يكون مدار انتهاك لحرمته لأن كل حكم شرعي أورده الله فيه حق من حقوقه وهو جهة التقيد بالفعل، كما أنه قد يتضمن حق العبد، ويبدو أن جميع حقوق الله تراعى فيها المصلحة سواء كانت دنيوية أو أخروية، ويرى الإمام الشاطبي في موافقاته أن حق الله هو عبادته بامتثال أوامره واجتناب نواهيه(1) ونخلص إلى القول في الإذن بالإباحة إن كل ملك في الإسلام لا يستباح شرعاً ولا يأخذ هذه الصفـة إلا إذا أذن به صاحبه، وكان إذنه موافقاً لإذن الشارع، فإذا وضع المالك ملكه فيما لا يأذن به الشارع فلا قيمة لهذا الإذن بل يعتبر باطلاً، كمن يأذن للأعداء أن ينزلوا في أرضه، أو يإذن مريض لطبيب بإنهاء

---

(1) وحقيقة الأمر أن حقوق الله هي أحكام في الشريعة الإسلامية، وإذا أطلقت الحقوق اعتبرت من حقوق الله. حتى أن بعض الفقهاء اعتبر أن حقوق العباد إذا اقترنت بحقوق الله غلبت عليها حقوق الله، فالشريعة على هذا الأساس هي مجموعة من التكاليف لا مجموعة من الحقوق، ذلك أن الحكم الشرعي أي القاعدة الشرعية من أركانه المحكوم فيه، والمحكوم عليه لا المحكوم له وخطاب الله تعالى يتعلق بأفعال المكلفين باقتضاء الفعل أو الترك أو بالتخيير في الفعل أو الترك فهو عبارة عن أمر ونهي أو إباحة. المؤلف الشريعة الإسلامية في القرآن ج/٢ ص/٤٦.

حياته دفعاً للألم أو يأساً من الشفاء، وهذا ما أشار إليه رسول الله ﷺ إذ قال:

«كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه».

هذه هي نظرة الشارع، وإذا كان الأمر كذلك، فليس من حق العبد إذن أن يبيح ما منعه الله، أو يأذن بما لم يأذن به الشرع، فإذا فعل تعرض للمساءلة.

صيغة الإباحة:

إذا كان الإذن يصدر من صاحب الملك بما يفيد الإباحة فما هي الصيغة المقبولة التي تفيد صحة الإباحة؟ وهل الإذن لا بدّ له من صيغة لفظية معينة؟ أم إن كل تصرف يصدر من المالك يفيد الإباحة فهو صحيح ومقبول؟ الواقع أن العبرة بالمقاصد والنية فكل تعبير يصدر عن المالك أو تصرف فعلي يفيد معنى الإباحة فهو مقبول كمن يقدم الطعام إلى ضيفه أو يدعو شخصاً إلى طعامه أو يستضيفه بمنزله أو يدفع لآخر مبلغاً من المال على سبيل التبرع أو الصدقة أو من يقيم الموائد للأكل للغادي والرائح ابتهاجاً أمام المسجد لانقضاء حاجة له، أو وفاءً لنذر أو قضاءً لكفارة، كل هذه الصور تفيد الإباحة، فالإباحة إذن تتقرر صراحة لفظاً أو ضمناً أو بفعل أو تصرف وبكل ما يفيد الإباحة عرفاً.

فحوى الإباحة:

هل الإباحة تمليك أم تمكين أم أنها جمع بين التمليك والتمكين؟ قد يلتزم المرء وجوباً بوفاء أو بقيام بعمل كإطعام ستين مسكيناً مقابل كفارة الظهار فهل هذه الإباحة تسقط بها الكفارة؟ وهل الإذن بالإطعام هذا يفيد الإذن على وجه الوجوب وإذا تم الإذن وأخذ أبعاده هل يسقط الواجب كما هو الشأن في النذور؟ على خلاف الإذن الذي لا وجوب فيه على العبد كما في التبرع أو الدعوة إلى غداء.

الواقع أنه في حالة الإذن بما يفيد إسقاط الوجوب، نجد أن الإطعام يفيد التمليك بدفع الطعام إليهم على سبيل الإباحة، كأن يقوم بتغذيتهم أو بدفع قيمة العشاء لهم ففي هذه الحالة جمع بين الإباحة والتمليك أي بين التمكين والتمليك

وإلى هذا أشار ابن عابدين فقال: «إن الوارد في الكفارات والفدية والإطعام، وهو حقيقة التمكين من المطعم، وإنما أجاز التمليك باعتبار أنه تمكين، وفي الزكاة الإيتاء، وفي صدقة الفطر الاداء للتمليك حقيقة كما أفاد البحر» ونجد الفرق ظاهراً بين الإباحة والتمليك مما شرع بلفظ إطعام، أو إطعام يفيد الإباحة، وما شرع بلفظ الإيتاء أو الأداء يفيد التمليك على وجه الحتم قال تعالى في كفارة الظهار: ﴿فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً﴾[1].

وفي كفارة اليمين قال تعالى: ﴿فكفارته إطعام عشرة مساكين﴾[2].

وفي الزكاة قوله تعالى: ﴿وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة وأقرضوا الله قرضاً حسناً﴾[3].

وقال تعالى: ﴿وآتى المال على حبه ذوي القربى واليتامى والمساكين﴾[4].

وهكذا نجد فرقاً بيناً بين الإباحة والتمليك، فالإباحة هي في الحقيقة تمكين وتخلّي بينما التمليك يفيد التمكين مع إعطاء حق التصرف وعلى هذا فالتمليك أعم من الإباحة كل هذا في الإذن الذي يفيد إسقاط الوجوب.

هذا وقد يكون إذن العبد مما يعطي صورة مما ندب إليه الشارع كما في التضييف والولائم والعقائق، وخلط المسافرين أزوادهم في السفر، وخاصة إذا نفد زاد بعضهم، وإلى هذا أشار رسول الله ﷺ عن أبي موسى الأشعري: أن النبي ﷺ قال: «إن الأشعريين إذا أرملوا - أي فني طعامهم - في الغزو أو قل طعام عيالهم في المدينة، جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد واقتسموه بينهم في إناء واحد بالسوية فهم مني وأنا منهم» والمراد هنا هو إباحة بعضهم بعضاً ومواساتهم بما هو موجود من طعام.

---

(١) سورة المجادلة، الآية: ٤.

(٢) سورة المائدة، الآية: ٨٩.

(٣) سورة المزمل، الآية: ٢٠.

(٤) سورة البقرة، الآية: ١٧٧.

وهذا منتهى التضامن والتحابب الذي حضّ عليه الإسلام إذ المسافر يواسي رفيقه ويدخل في شموله البذل والجود بما عنده، وهذه صورة من صور الضيافة والرعاية، وهو إذن مباح ومتعارف عليه في الاستعمال، وكان السلف يتعاهدون في الغزو والحج أن يرعى بعضهم بعضاً[1].

حدود الإباحة بإذن العباد:

قد نجد أن بعض الإباحات بإذن العباد تتجاوز حداً يدخلها في الكراهة كالضيافات التي يسرف أصحابها بدافع التفاخر والمباهاة، على أن السؤال هل أن الإسراف في المباحات يدخل في المعيار الضابط للإباحات وهو ما يأباه الشرع، بمعنى هل أن المكره يعتبر مما يأباه الشرع؟ لا شك أن المكروه لا يمكن أن يصل إلى حد الحرام، إذ المعروف أن كل ما لم يكن حراماً لا يأباه الشرع، ومع ذلك فإن المكروه يختلف بالنسبة لدرجة المضرة والمفسدة، وحال المنفق، حتى لو كان المنفق غنياً، وراح يباري غيره من الأغنياء في الصرف والإنفاق عُدّ مسرفاً، إذ المعيار في الإسراف وعدمه هو معيار الرجل المعتدل في طبقته من الأغنياء أو الفقراء، وهكذا نجد أن الإباحة تقتضي معياراً معيناً لا يجوز تجاوزه، وإلى هذا أشار الله سبحانه وتعالى فقال: ﴿**وكلوا واشربوا ولا تسرفوا إنه لا يحبّ المسرفين**﴾[2] وقوله تعالى: ﴿**كلوا من ثمره إذا أثمر وآتوا حقه يوم حصاده ولا تسرفوا إنه لا يحب المسرفين**﴾[3].

وكذلك في الحديث عن رسول الله ﷺ قال: «كلوا واشربوا وتصدقوا والبسوا في غير مخيلة ولا سرف»[4].

فالمباحات بإذن العباد مقيّدة بما لا يأباه الشارع بمعنى أن الإباحة بإذن العباد

---

(١) ابن قدامة المغني ج/٥ ص/٣٤١.
(٢) سورة الأعراف، الآية: ٣١.
(٣) سورة الأنعام، الآية: ١٤١.
(٤) الجامع الصغير بشرح العزيزي ج/٢ ص/١٣٨ أخرجه أحمد والنسائي وابن ماجه.

لا بد أن تكون مقيدة بترخيص لا يفيد التمليك، وأن يكون الترخيص على مقتضى لا يأباه الشرع، وفي غير ذلك تتحقق المسؤولية، كأن يكون الترخيص بالإعارة أو التمكين بما يأباه الشرع كالمتعة فالمسؤولية تتحقق في كل ما يأباه الشرع فإذا دخلت حد انتهاك حقوق الله كان الفعل حراماً.

هذا وإذا كانت الإباحات مأذون بها من العباد بما لا يأباها الشرع سواء كان الآذن مالكاً للعين. أو مالكاً لمنفعتها كـأخذ العـين بطريق الإجـارة، فإن هـذا الانتفاع إذ هو مخصص للمنتفع ومأذون له به، لوحده على وجه التخصيص، فلا يجوز والحالة هذه أن يأذن به لغيره بالانتفاع ما لم يكن قد أذن بذلك المؤجر. وفي غير ذلك عدّ المستأجر متعدياً وتترتب عليه المساءلة فالإباحة إذن مقيدة بحدودها ومداها وفقاً لما أذن بها صاحبها، كما أنها قد يكون الشارع أمر بالإباحة على وجه الوجوب، فالخروج عن ذلك يعتبر المرء به مسؤولاً ومن هذه الأمور الضيافة.

الضيافـة:

الضيافة من الأمور التي أذن بها الشارع والمتوقفة على إذن العباد بعضهم لبعض وولاتها قوله تعالى: ﴿**ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة**﴾[1].

وقد ورد في الضيافة أحاديث عدة منها قوله ﷺ: «إذا نزلتم بقوم فأَمَروا لكم بما ينبغي للضيف فاقبلوا وإن لم تفعلوا فخـذوا منهم حق الضيف الذي ينبغي لهم».

وقوله ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه جائزته، قالوا وما جائزته يا رسول الله؟ قال: يوم وليلة، والضيافة ثلاثة أيام فما كان وراء ذلك فهو صدقة ولا يحل أن يثوي عنده حتى يخرجه».

وحديث آخر رواه أحمد وأبو داود عن النبي ﷺ أنـه قال: «ليلة الضيف

---

(١) سورة الحشر، الآية: ٩.

واجبة على كل مسلم، فإن أصبح بفنائه محروماً كان ديناً له عليه إن شاء اقتضاه وإن شاء تركه».

ولعل هذه الأحاديث تفيد وجوب الضيافة، إذ عدم استضافة من تجب عليه الضيافة تبيح أخذ المال منه، وهذه تعتبر بمثابة العقوبة لمن ترك ذلك، إذ العقوبة لا تكون إلا في واجب، ولا عجب في ذلك فإن حق الضيافة تفيد معنى الإكرام والتضامن وتشيع المحبة بين الناس لهذا تقرر وجوبها ذلك أن الشريعة الإسلامية حتى في الإباحات إذ رخصت فيها، شاء العبد أم أبى فهي واجبة، وقد أورد ابن حزم في المحلى «أن الضيافة فرض على البدوي والحضري والفقيه والجاهل يوم وليلة مبرّة وإتحاف، ثم ثلاثة أيام ضيافة، فإن منعها فله أخذها مغالبة، وكيف أمكنه ويقضي له بذلك»[1].

---

(١) ابن حزم ـ المحلى ج/ ٩ ص/ ١٧٤.

الفصل الرابع

آثار الإباحة وانتهاؤها

الأصل أن الإباحة، كما علمنا سابقاً، تفيد إذن العباد بما أذن به الشارع، طالما أنه على وجه لا يأباه، بمعنى أنه إذا كان إذن الشارع محققاً مع إذن العباد، فإن هذا يخرجهم عن الإثم في الآخرة والمساءلة في الدنيا، والمثال على ذلك، إذن المريض للطبيب الجراح بإجراء الشق مع التقيد بأصول فنّ التطبيب بجعل فعل الطبيب في هذه الحالة مباحاً، ولو أفضى إلى الموت فوجود الإذن هذا يمنع المساءلة لوجود سبب من أسباب الإباحة.

على أن إذن العبد بالإباحة، سواء كان يفيد التمليك، أو يفيد التمكين بالانتفاع، فهل يكون الإذن عامة على وجه التوقيت؟ بمعنى هل لأحد أن ينحّي المأذون له بالانتفاع؟ بمعنى هل للإذن مدة محددة ينتهي الانتفاع بانتهائها إن كان له أَمَد من الإذن، أو ينتهي بعدول الآذن عن إذنه، ورجوعه فيه؟ أو هل ينتهي الإذن بوفاة الآذن؟ وفي هذه الحالة يبطل حق المأذون بالانتفاع، أم لورثته حق الانتفاع به، أم ليس لهم ذلك، باعتبار أن حق الانتفاع رخصة شخصية، وبالتالي فلا تنتقل إلى ورثته؟.

الواقع أن الإذن ينتهي بانتهاء أمده، أما الرجوع عن الإذن فجائز أيضاً، عند جمهور العلماء، لأن الإذن إنما هي إباحة، وهذه الإباحة، إنما هي على وجه التبرع الصرف، مما يجيز لصاحب الإذن الرجوع فيما أذن به، على أنه لا بدّ من

إعلام المأذون له بالرجوع، أما بالنسبة لانتهاء الإذن بموت الآذن، فإنه ينهي الإذن، لأن الاستحقاق مرتبط ببقاء الآذن، وبموت الآذن انتهى الارتباط وبطل الإذن، وبالتالي أضحى الإذن منتهياً، وكذلك تنتهي الإباحة والإذن بها بموت المأذون له وعلة ذلك أن الإذن رخصة شخصية مرتبطة بشخص المباح له، وبوفاته لا تنتقل الرخصة إلى ورثته باعتبار أن الإباحة إذ هي إذن شخصي كما ذكرنا فالإذن مرتبط بالمباح له، وتنتهي آثار الإذن بموت المأذون له وبالتالي لا تنتقل هذه الإباحة إلى الورثة.

وخلاصة القول أن الإباحة على ما مرّ معنا، أنها مجرد ترخيص وإذن، وإذا كانت كذلك، فهي ليست إذن بعارية ولا هبة، فالمأذون له لا يحق له أن يبيح ما أذن فيه إلى الغير، كأن يعيره إياه، أو يهبه له، لأن الإباحة فيما تقدم أيضاً، أنها إذن لانتفاع المأذون له تخصيصاً، أي إنها قاصرة عليه لا تتعداه إلى غيره، وبالتالي فلا يجوز له، أن ينقل المباح له إلى غيره، كل ذلك إذا كانت الإباحة بلفظها تفيد التخصيص للشخص المباح له كقوله تعالى: ﴿**ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم، أو بيوت إخوانكم، أو بيوت أخواتكم أو بيوت أعمامكم، أو بيوت عمّاتكم، أو بيوت أخوالكم، أو بيوت خالاتكم أو ما ملكتم مفاتحه أو صديقكم ليس عليكم جناح أن تأكلوا جميعاً أو أشتاتاً**﴾[1].

في هذه الآية حددت الإباحة في الأكل والشرب بالنسبة لبيوت الأقرباء تبعاً لما تقتضيه أوامر الصلات والمحبة والأخوة الإسلامية والصداقة، وهذه الإباحة مقرونة برضا صاحب البيت وطيب نفسه، عملاً بقول رسول الله ﷺ: «ولا يحلّ مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفسه».

كما أن هذه الآية تفيد حق الانتفاع للمأذون له في الطعام والشراب من البيوت التي عدوها على وجه الإباحة أما إذا قامت دلائل وقرائن تدل على أن الإباحة قصد بها العارية أو الهبة كأن يقول شخص لآخر أرني هذا الكتاب فيجيبه

(١) سورة النور، الآية: ٦١.

قد أبحته لك فالمراد هنا تمليك العين أو المنفعة كل ذلك حسب قصد المالك إذ قد تكون الإباحة هبة أو عارية، ففي الإباحة في الطعام والشراب مثلاً تفيد الانتفاع داخل الضيافة ولا يجوز للمباح له نقل الطعام خارج الضيافة ولا بيعه ولا تمليكه للغير بينما الإباحة فيما ينثر من دراهم في الأفراح تفيد التمليك.

١ ـ معيار التفرقة بين الإباحة والتمليك بلا عوض:

علمنا أن الإباحة تفيد الترخيص بين العباد بعضهم لبعض وهي إذ تجري بين الناس إنما ترمي إلى تحقيق مبدأ التعاون والتضامن الاجتماعي وتذكي أواصر المودة والبر، وشرعية الإباحة مبدأ من المبادىء التي حضّ عليها الإسلام وإذا كان الأمر كذلك، فهل الإباحة على هذا الوصف تختلف عن الهبة، والصدقة والوصية بالأعيان واللقطة؟ لا شك أن كل واحدة من هذه تفيد أخذ العين دون عوض: على أن الإباحة تشبه الهبة من ناحية أن في كل منهما يجوز الرجوع بها قبل القبض، وهي أي الإباحة مع ذلك تفترق عن الهبة والصدقة والوصية واللقطة من النواحي التالية:

أ ـ الإباحة تفترق عن الهبة: ذلك أن الإباحة لا تفيد التمليك إنما تفيد التمكين بينما الهبة تفيد التملك ويحق للموهوب له أن يتصرف فيها تصرف المالك.

ب ـ الإباحة تفترق عن الصدقة: ذلك أن الإباحة لا تفيد التمليك بينما الصدقة على خلاف ذلك فهي تفيد التمليك، وتكون لدفع الحاجة في حين أن الإباحة تصح للغني وللفقير.

ج ـ الإباحة تفترق عن الوصية بالأعيان: ذلك أن الإباحة تفيد التمكين في الحياة بينما الوصية بالأعيان تفيد التمليك المضاف إلى ما بعد الموت، وتحتاج إلى الإذن من باقي الورثة إذا كانت أكثر من الثلث.

د ـ الإباحة تفترق عن اللقطة: إذ الإباحة تفيد التمكين بينما اللقطة فلا تملك مطلقاً وهي لصاحبها بعد التعريف عليه إن كانت قائمة ويضمنها الملتقط إذا كانت غير قائمة.

٢ ـ آثار إباحة المنافع :

إن الإباحة بالمنافع تخول المنتفع حق انتفاع شخص بالشيء دون تسليطه على الرقبة، وهذا الأثر يفيد المنتفع شخصياً، بالشيء المأذون له بالانتفاع، على خلاف تمليك حق المنفعة، إذ حق المنفعة يكون أعم، بمعنى أنها تفيد تمكين المنتفع بهذا الحق، كما تفيد تمكين غيره به، سواء كان بعوض، أو بغير عوض: كل ذلك يتحدد أثر الانتفاع تبعاً للفظ الوارد فيه، فإذا قال الآذن بالإباحة للمنتفع من العقار أجزتك به بجميع أنواع الانتفاع، كان ذلك إباحة صريحة منه بتمليك المنفعة، بمعنى أن شاغل العقار أو المستعير له غير مقيد فله أن يؤجره ويسكنه للغير، فتمليك المنفعة إذن هي أعم وأشمل، فيباشر المنتفع الانتفاع بنفسه أو يمكن غيره من الانتفاع بعوض أو بغير عوض، ومثّل لتمليك الانتفاع بسكنى المدارس والرباط والمجالس في الجوامع والمساجد، وجعل منه الوقف على السكنى إذا لم يزد على ذلك.

أما إذا قال المؤذن بالمنفعة، أبيح لك أن تنتفع بالدار بنفسك فقط. فإن أثر هذه الإباحة لا تمتد إلى الغير، وكان ذلك حق انتفاع لا حق منفعة، وقد عرف المالكية حق الانتفاع الشخصي بقولهم «هو ما للمنتفع من مكنة شرعية يستطيع بها أن ينتفع بالشيء، وهو الحق الناشيء عن الإباحة»[١] ويرى بعض الشافعية «أن المستعير وإن كانت يده يد إباحة فإن له أن يعير غيره»[٢].

وعلى هذا تجد كثيراً من الأمور تدخل في ملك الانتفاع لا ملك المنفعة، لأنه كما هو مقرر سابقاً، أن من شروط الإباحة أن تكون فيما لا يأباه الشرع وبهذا نجد أن تمليك الانتفاع يدخل في شموله النكاح الذي يباح به الاستمتاع بإذن الشارع إلى جانب إذن العبد، فالزواج إذن هو إباحة معقودة بإذنين، إذن الشارع، وإذن العبد فالإباحة فيه يكون بتمكين الزوج وتمليكه الانتفاع فيما يباشره هو بنفسه،

---

(١) القرافي الفروق ج/١ ص/١٨٧.

(٢) شهاب الدين أحمد بن حجر الهيثمي شرح المنهاج ج/٣ ص/١٨.

وليس له تمكين الغير من مجامعة زوجته مطلقاً وفي خلاف ذلك تتحقق المساءلة نتيجة الزنى الذي هو خروج عما أذن به الشارع.

فالانتفاع في النكاح محدود أثره، وهو حق للزوج تجاه زوجته ولا يتعداه إلى غيره ما دامت الزوجية قائمة، ويدخل في مفهوم التعدي بمخالفة الشرع المتعة، إذ هي تحليل لما حرمه الشرع، وإعارة لما نهى عنه ذلك أن تحليل الفرج وإعارته يمنعه الشارع لهذا فلا يرد القول بأن المتعة إباحة الانتفاع أو تمليك المنفعة، إنما هي تصرف يأباه الشارع، وقد حرمه الله بنص القرآن والسنة. ذلك أن الله سبحانه وتعالى بعد أن بين المحرمات قال عز شأنه: ﴿**وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين**﴾[1].

وفي هذه الآية نهي عن أن يكون القصد مجرد قضاء الشهوة. إلى أن قال ﴿**فما استمتعتم به منهن**﴾ والمراد بالاستمتاع هنا الوطء والدخول لا الاستمتاع بمعنى المتعة التي يقول بها الشيعة، فالاستمتاع إذن هو بالتمتع بالمنكوحات النكاح الدائم بالجماع بعد العقد أو بالعقد عليهن قبله وقد ورد عن رسول الله ﷺ «أنه نهى عن متعة النساء وعن أكل لحوم الحمر الإنسية، كما روى الربيع بن سبرة الجهني عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «أيها الناس إني أمرتكم بالاستمتاع من هذه النساء ألا وإن الله قد حرمها عليكم إلى يوم القيامة، فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيله. لا تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً».

وروي عن عمر رضي الله تعالى عنه «لا أوتى رجل تزوج امرأة إلى أجل إلا رجمتهما بالحجارة».

وقد استدل الجمهور بقوله تعالى: ﴿**فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون**﴾ على تحريم نكاح المتعة الذي هو النكاح المؤقت بأجل، بلفظ المتعة، ذلك أن المعنى الذي من أجله شرع النكاح لا يتحقق في نكاح المتعة، فهو لم يقصد منه الولد، بل ولا يترتب عليه ثبوت نسب إلا بالدعوى، والدعوى يثبت بها

---

(١) سورة النساء، الآية: ٢٤.

النسب من الزنا. والزنا كيف يكون إن لم يكن هذا النوع من النكاح زنا؟ أليس الزنا يقع بالتراضي بين الزانين على قضاء الوطر؟ وهل عقد نكاح المتعة إلّا على هذا؟! وهل تقل المفاسد التي تترتب على الزنا عن المفاسد التي تترتب على نكاح المتعة؟.

وعلى هذا تجد أن المتعة لا تدخل في إباحة الانتفاع لأنها حرام وقد وقع الإجماع على تحريمها، وقد نقل البيهقي عن جعفر بن محمد أنه سئل عن المتعة فقال هي الزنا بعينه[1].

نخلص مما تقدم إلى التفريق بين الإباحة التي تعني حقّ الانتفاع، وبين الإباحة التي تعني ملك المنفعة، من نواح ثلاث وهي من ناحية المدلول، ومن ناحية المنشأ ومن ناحية الأثر.

عن ناحية المدلول: من المسلم به أن مدلول لفظ الانتفاع يختلف عن مدلول لفظ المنفعة، إذ مفهوم حق الانتفاع يدل على الرخصة بالانتفاع على وجه شخصي دون حق الامتلاك، كالجلوس في الأسواق أو استعمال الطرق العامة، ومجاري المياه في الأنهار العامة. بينما مدلول لفظ حق المنفعة أعم وأشمل.

وهو حق حاجز لمصلحة المنتفع كحق المستأجر في المأجور وحق الموقوف عليه في منافع الوقف[2].

عن ناحية المنشأ: إن حق المنفعة يفيد تمليك المنفعة بعقد، بمعنى أنه ينشأ بعقد، كعقد الإجارة أو الإعارة، أو الوصية بالمنفعة أو الوقف، في حين أن حق الانتفاع ينشأ عن رخصة الآذن للمأذون له على وجه الانتفاع بما دون التمليك.

عن ناحية الأثر: إن حق المنفعة يفيد تمليكها بالإباحة، وهذه تفيد حق التصرف فيها إيجاراً أو إعارة، وأما حق الانتفاع فهو يفيد الاستعمال الشخصي، أي أنه حق انتفاع قاصر على المنتفع المباح له هذا الحق.

---

(١) محمد الحامد ـ نكاح المتعة ص/١٨، ١٩.

(٢) مصطفى الزرقا. المدخل الفقهي العام ص/٢٨٤، ٢٨٥.

٣ ـ إباحة الأعيان وإباحة المنافع في جسم الإنسان:

علمنا أن الإباحة هي ترخيص لا يأباه الشرع وهي تجري بين الناس وتحث عليها الأديان عامة، وهي تفيد الانتفاع وهي قد تفيد تمليك الأعيان كالهبة، والصدقة، والوصية، واللقطة سواء كان التمليك للعبد ببدل أو بغير بدل، ففي الوصية مثلاً إذ هي من الأعيان فالإباحة فيها إنما هو تمليك مضاف إلى ما بعد الموت وقد يحتاج إلى إذن الدائنين إذا كانت تؤثر في حقوقهم، كما أنها تحتاج إلى إذن الورثة إذا كانت أكثر من الثلث على أننا في معرض الوصية ما هو حكم الإباحة بوصية الشخص بأحد كليتيه أو بعينه لإحدى المستشفيات الخيرية مثلاً أو لأحد أقربائه فهل هذه الوصية صحيحة ولا يأباها الشرع وبالتالي يجوز تنفيذها؟

لا شك أن مثل هذه الوصية تتعلق بأعضاء الموصي وهي تفيد تمليك عضو من أعضائه سواء كانت بعوض أو بغير عوض، على أن الوصية إذ يظهر أثرها بعد وفاة الموصي فهي في الغالب تكون من أعمال البر والتكافل الصحّي والتعاون الإنساني لا سيما إذا كانت دون عوض، ومهما يكن الواقع فهي صحيحة طالما أنه لا يأباها الشرع، على أن ما يمكن إثارته إذا كانت الوصية جائزة ومقبولة في الأموال المملوكة للموصي، فهل أعضاء الإنسان تدخل في الملكية ويرد عليها التمليك للغير بمعنى أن لصاحبها أن يتصرف بها كما يشاء دون أي قيد؟ حقيقة الأمر أن أعضاء الإنسان خلقها الله تعالى ووهبها لمخلوقاته الإنسانية نعماً يقضون بها حوائجهم، تبعاً لوظائفها التي تؤديها خدمة لصاحبها وتبعاً لطبيعة عملها وقد خلقت لما هي مخصصة له من السمع والبصر والشم والسير والحركة إلى غير ذلك من الوظائف المخصصة لكل عضو في الإنسان داخلياً كان أم خارجياً. هذه الأعضاء تقوم بوظائفها في غاية الدقة وتتلقى أوامرها الإرادية واللاإرادية من مركز القوى في جسم الإنسان ووفقاً للطاقات المقدرة والمخصصة لها، إنها عظمة الله في خلقه. قال تعالى: ﴿**وهو الذي أنشأ لكم السمع والأبصار والأفئدة قليلاً ما تشكرون**﴾[1].

---

(١) سورة المؤمنون، الآية: ٧٨.

وقوله تعالى: ﴿وفي أنفسكم أفلا تبصرون﴾[1].

هذه الأعضاء إذ هي تابعة لجسم الإنسان فلا يملك المرء التصرف بها حال حياته، كما لا يملك أن يتصرف الإنسان بجسمه حياً كأن يقرر الانتحار مثلاً بقوله إنه حرّ بجسمه إذ مثل هذا العمل مساءل عنه الإنسان وهو آثم يوم القيامة إذا قام بهذا الفعل، وما دامت الأعضاء تابعة للجسم فالتابع تابع لا ينفرد في الحكم وقد قال تعالى في هذا الشأن، مطلقاً الحكم على وجه العموم: ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾[2]. وقوله تعالى: ﴿ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً﴾[3].

وإذا كان الأمر كذلك، فلا يملك المرء أن يتصرف بأعضاء جسمه حال حياته كما يشاء، إذ مثل هذا التصرف فيه إضرار بنفسه، كما أنه قد يعرضه إلى التهلكة، فضلاً عن أن هذه الأعضاء إنما هي نعم وأمانة أودعها الله في عبده فلا يجوز له أن يكفر بنعم الله.

على أنه هل هناك ما يمنع أن يوصي المرء ببعض أعضائه بعد وفاته، بنية الثواب، وسداً لحاجة إنسان لإنقاذ حياته مثلاً كإباحة الموصي بنقل كلية عن طريق الزرع ولمن هو بحاجة إليها؟

لا شك أن أعضاء الإنسان بعد وفاته صائرة إلى الزوال والانعدام، فليس ما يمنع إذن أن يوصي المرء ببعض أعضائه القابلة للزرع لزراعتها بعد وفاته في جسم إنسان حي، وهي وصية مضافة إلى ما بعد الموت وهو بلا شك عمل إنساني رائده البرّ والتعاون، كما أن الورثة لا يملكون المخالفة في ذلك، لأن الأصل احترام الوصية طالما أنها مما لا يأباه الشرع، وهذه الوصية بالأعضاء القابلة للزرع، إنما هي وصية تنطبق عليها أحكام الإباحة بالأعيان وهي في حقيقتها إباحة تمليك.

هذه الوصية بالصورة المذكورة هي وصية بأعيان على أنه يمكن أن تكون

(١) سورة الذاريات، الآية: ٢١.
(٢) سورة البقرة، الآية: ١٩٥.
(٣) سورة النساء، الآية: ٢٩.

الوصية وصية بالانتفاع كمن يوصي بإجراء التجارب العلمية على جسمه للانتفاع بالمعلومات خدمة للبحث العلمي، فمثل هذه الوصية تشجع على تقدم العلم فضلاً عما تهدف من خدمة الإنسانية على أن هذا مشروط بحالة الضرورة وعدم وجود ما يقوم مقام جسم الإنسان من الحيوانات لإجراء التجارب العلمية، إذ الضرورات تبيح المحظورات، كما أن الضرورات تقدر بقدرها ومع ذلك فلا يسوغ انتهاك حرمة جسم الميت، إذ محظور العبث بها أو تشريحها دون إذن صاحبها أو إذن ذويه ولو كان ذلك للبحث العلمي.

٤ ـ الضمان في المباحات:

يحسن بنا قبل البحث في الضمان على وجه التحديد في المباحات أن نعرض مفهوم الضمان عامة في الفقه الإسلامي ثم نبحث الضمان في المباحات على وجه التخصيص.

الأصل في الضمان أنه تعويض مرتبط بشؤون الدنيا وهو نوعان ضمان بإلزام الشارع منصوص عليه كالديّات وأروش الجراحات، وضمان غير منصوص عليه وهو ما يقدره القاضي بواسطة أهل الخبرة، وهو يقابل المتلفات المالية والبدنية والتي لم يحددها الشرع بحد معين أو تقدير ويسمى حكومة العدل.

هذا والضمان عامة إنما هو مقابل الضرر الذي يصيب الإنسان في نفسه أو ماله أو شرفه وسمعته، وهو ما يرمي إلى إصلاح الضرر في العادة، والضمان لا يتحقق إلا نتيجة فعل خطأ سبب ضرراً، ففي هذه الحالة وجب التعويض وهو الضمان.

وعلى هذا يمكننا أن نجمل أسباب الضمان في الفقه الإسلامي سواء كان ناجماً عن مساءلة عقدية وهي الانحراف عن القواعد الواجبة الاتباع في تنفيذ العقد وهذه تلحق أضراراً بالمال أو أن تكون المساءلة ناجمة عن فعل يصيب جسم الإنسان فيجب التعويض عن الضرر الناجم عنه؛ وعلى هذا فالضمان نوعان ضمان في العقود، وضمان في الأنفس والجراحات.

فأسباب الضمان على ما ذكرناه تتحقق فيما يلي:

أ ـ مخالفة العقد أو الشرط وهو ما يسمى في القانون الخطأ العقدي ويدخل في شمول مخالفة العقد تعيب محل العقد أو استحقاق محل العقد للغير وهذا مما يوجب الضمان.

ب ـ الغصب: ويتناول وضع اليد من غير المالك كما يتناول الحيلولة ووضع يد غير المالك في غير غصب كوضع يد الملتقط على اللقطة، وهذا يوجب الضمان إذ «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» فالضمان هنا متوجب على وجه العموم سواء كان بغصب أو بغير غصب تبعاً لهذه القاعدة، ويرى البعض أن التضمين يتحقق بمجرد تفويت يد المالك، وذهب البعض الآخر أن التضمين يتحقق بإثبات يد القاهر.

ج ـ مباشرة الإتلاف توجب الضمان عملاً بقاعدة المباشر ضامن حتى ولو كان مأذوناً إذا تجاوز المعتاد وأصول الفن كخطأ الطبيب في مخالفته لأصول التطبيب وتجاوز الوكيل في وكالته والوصي وناظر الوقف حدود سلطته المخول بها.

د ـ المسبب بالضرر والإتلاف سواء كان الضرر ناجماً عن فعل أو امتناع عن فعل أي سواء كان التسبب إيجابياً أم كان سلبياً، وهذا الضرر يتحقق عن المسؤولية الناشئة عن التقصير، بمجرد حصول الضرر فالضمان واجب بوجود التعدي وتحقق السببية إلا إذا قطع الفعل أو المباشر سبب، أو قاطع أجنبي عن الفاعل أما في ضوء ما ذكرناه عن مفهوم الضمان نجد أن المباحات في التمليك أي إن المباح له بتملك المال المأذون فيه لا يتصور فيه الضمان.

أما المباحات في الانتفاع فهي مباحات إذ إذن الشارع بها كما هو الشأن في المنافع العامة فمثل هذه المباحات إذا ألحق الشخص بها ضرراً، كأن استعملها على وجه غير مشروع، كمن يريد أن ينتفع من ماء النهر فيفسد مجراه أو يحدث فيه تخريبات في حافته، ففي هذه الحالة يعتبر مسؤولاً ويتوجب عليه الضمان، هذا فيما هو من الأموال العامة.

أما الإباحة التي أذن بها الشارع وهي مملوكة للعباد، كالعارية مثلاً فإذا

تلفت بالاستعمال المأذون فيه، فلا ضمان فيها، لأنه استعمل العارية استعمالاً مأذوناً فيه، وفي خلاف ذلك فهو ضامن، هذا قول، وقول آخر إن المستعير يضمن العارية إذا هو تعدى ذلك، إذ إن مدار الضمان يترتب على التعدي، فإن تعدى ضمن، وإن لم يتعد لم يضمن، هذا وجهة نظر الشافعية في القوانين.

فالعارية إذن برأي الشافعية، أنها مضمونة على الوجه الذي ذكرناه، أما أبو حنيفة ومالك، فإن العارية عندهما أمانة، لا يجب ضمانها إلا بالتعدي، لأن المستعير قبضها بإذن مالكها، فكانت أمانة كالوديعة، اعتماداً على قول رسول الله ﷺ، «العارية مؤداة» كما أن الأداء صفة الأمانة، وقال رسول الله ﷺ أيضاً: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» وفي حديث صفوان، أن النبي ﷺ، استعار منه درعاً يوم حنين فقال: أغصباً يا محمد؟ فقال عليه السلام «بل عارية مضمونة»[(١)].

وعلى هذا تجد أن من أخذ ملك غيره لنفع نفسه على وجه الانفراد من غير استحقاق له، ولا إذن من قبل صاحبه، كان ضامناً له، وحكمه حكم المال المغصوب ويقول الكاساني في الاستدلال للشافعي إن العين مضمونة الرد حال قيامها. فكانت مضمونة القيمة حال هلاكها كالمغصوب، لأن العين اسم للصورة والمعنى، وبالهلاك إن عجز عن رد الصورة لم يعجز عن رد المعنى، لأن قيمة الشيء معناه، فيجب عليه رده بمعناه كما في الغصب.

هذا كما روي عن المالكية أن المستعار إذا كان مما يمكن إخفاؤه كالثياب والكتب والحلي، ففي هذه الحالة وجب الضمان، إلا إذا قام الدليل على ضياع العارية أو تلفها دون تعدٍ أو إهمال من المستعير، أما إذا كانت العارية مما لا يمكن إخفاؤها، كالحيوان والعقار، وقد ضاع الحيوان أو أصاب العقار التلف؛ ففي هذه الحالة يجب إقامة البينة على ذلك، فإذا ثبت ذلك دون سبب منه فلا ضمان على المستعير.

على أن المذهب الحنفي يرى أن العارية لا تضمن إلا بالتعدي، حتى ولو

---

(١) رواه أبو داود.

اشترط المستعير على نفسه الضمان، إذ بالتعدي تخرج عن كونها أمانـة والتعدي يكون بانقضاء المدة، أو بترك الحفظ والعناية، وبالخلاف، أي بخلاف استعمال العارية خلاف ما أذن فيه صاحبها. أما إذا هلكت في غير الاستعمال ضمن المستعير قيمتها للمالك، وهـذا ما نقله المبسـوط عن الشافعي. كـما يقول الكـاساني في البدائع: «إن المستعار أمانة في يد المستعير في حال الاستعمال بالإجماع أما في غير حال الاستعمال، فكذلك عندنا وعند الشافعي مضمون ومعلوم أن الأمانة عند أبي حنيفة ومالك لا يجب ضمانها إلا بالتعدي، والدليل قول رسول الله ﷺ ليس على المستعير غير المغلّ ضمان لأنه قبضها بإذن مالكها فكانت أمانة كالوديعة».

أما مذهب الجمهور فيرى أن الضمان إنما يكون بالتعدي لا مطلقاً، كما يقول الحنابلة، إذ هؤلاء أي الحنابلة يـرون أن العاريـة إباحـة عندهم، وأنها تضمن إذا تلفت، سواء كان هناك تعد أو لم يكن، إذ يقول ابن قدامة في المغني. «ويجب ضمانها إذا كانت تالفة تعدى فيها المستعير أو لم يتعد»(٢) هذا ويخلص الكاساني في هذا الشأن إلى القول: «إنه لا يوجد من المستعير سبب يوجب الضمان، عند عدم الاعتداء الذي هو محل النزاع. فلا يجب عليه الضمان كـالوديعـة والإجارة لأن الضمان لا يجب على المرء بدون فعله، وفعله الموجود منه ظاهر هو العقد والقبض وكل واحد منها لا يصلح سبباً لوجوب الضمان، أما العقد فلأنه عقد ينزع بالمنفعة تمليكاً أو إباحة على اختلاف الأصليـن، أما القبض فهو لجهتين»(٣).

ونخلص مما تقدم إلى القول: إن معيار توجب الضمان من عدمه يدور حول صفة وضع اليد على العين، فهل هي يد أمانة أم يد غصب؟ وبالطبع لا مدار لاعتبار يد المأذون بالانتفاع من العين يد غصب، ولو حكماً ما دام لم يصدر عن واضع اليد أي تعد، عند استعماله ما هو مأذون به أي لم يصدر عنه أي إهمال فيه.



---

(١) الكاساني ـ بدائع الصنائع ج/٦ ص/٢١٧.
(٢) ابن قدامة المغني ج/٥ ص/٢٠٤.
(٣) الكاساني. بدائع الصنائع ج/٦ ص/٢١٧.

٥ ـ سقوط الضمان :

علمنا أن إذن الشارع فيما هو مملوك للعباد لا يسقط الضمان، بينما أن إذن العباد فيما هو مملوك له يبيح الانتفاع من العين، أو يبيح تملك العباد فيما بينهم تبعاً لرضاهم وبالتالي فإسقاط الضمان والإبراء منه، لا يتم إلا بإذنهم، بينما ما هو حق الله لا يتمكن العبد من إسقاطه أو الإبراء منه، ذلك أن كل حق منسوب ثبوته أو إسقاطه أو الإبراء منه لمن هو له وقد بين القرافي في فروقه هذا الفرق فقال «إن سر الفرق هو أن الله تفضل على عباده فجعل ما هو حق لهم بتشريعه وتملكه وتفضله لا ينقل الملك إلا برضاهم، ولا يصح الإبراء منه إلا بإسقاطهم، ولذلك لا يسقط الضمان في إتلافه إلا بإذنهم في إتلافه، أو في مباشرته على سبيل الأمانة، كما أن ما هو حق الله تعالى صرف لا يتمكن العباد من إسقاطه والإبراء منه، بل ذلك يرجع إلى صاحب الشرع، فكل من الحقين موكول لمن هو منسوب له ثبوتاً وإسقاطاً»(١) هذا وقد وضح القرافي هذا الفارق في الوديعة والإعارة والاضطرار إلى طعام الغير في مخمصة. .

أولاً ـ في الوديعة :

الوديعة إذا نقلها المودع لديه لمصلحة حفظها فسقطت من يده فانكسرت لا ضمان عليه لأنه في الأصل مأذون له بالمحافظة عليها وقد انكسرت بسبب هذا الفعل، على خلاف ما لو سقط أي شيء من يد المودع لديه على الوديعة فانكسرت فيضمن لأنه لم يؤذن في عمل ذلك في يده وبالتالي فهو يضمن.

ثانياً ـ في الإعارة :

إن المستعير للشيء لما جرت به العادة في الانتفاع بتلك العارية أنه إذا سقطت من يده، أو هلكت دون تعدٍ أو تجاوز لما جرت فيه العادة في الانتفاع، فلا ضمان عليه لأنه مأذون في ذلك أصلاً. أما لو سقطت على العارية من يد المستعير

---

(١) أحمد إدريس القرافي ـ الفروق ج/١ ص/١٩٥.

شيء فأهلكها، ضمن لعدم وجود إذن صاحب العارية في هذا التصرف الخاص.

ثالثاً ـ في أخذ الطعام في المخمصة:

إنه إذا اضطر شخص إلى طعام غيره فأكله في مخمصة جاز له ذلك، ولكن هل يضمن القيمة؟ الرأي الراجح أنه يضمن ، إذ إن الأصل أنه في مثل هذه الحالة يجب إذن مالك الطعام؛ ولو كان في هذه الحالة إذن الشارع قائم لرد الهلاك عن المضطر، على أن إذن صاحب الشرع وحده لا يوجب سقوط الضمان، وإنما ينفي الإثم والمؤاخذة والعقاب، ثم إن الواجب يقضي على المالك أن يعطي الفائض بالعوض، وإن لم يكن موجوداً، فلا مانع من أن يكون ديناً في ذمة المحتاج، يدفعه له، فإن لم يستطع ذلك فإن الضرورة تخول وتبرر له عدم الدفع.

مما تقدم نجد أن الإباحة ثابتة إما بإذن العبد بما لا يأباه الشرع أو إنها ثابتة بإذن الشارع مباشرة.

وكيفما كان أمر الإباحة، فهي ليست بواجب، لآن المباح ليس بمقتضى ولا مطلوب، بينما الواجب إنما هو اقتضاء وطلب[1] وعلى هذا فإن المباح غير مكلف به المرء بينما الواجب فإنه مكلف به، ومرد ذلك، أن المباح، إنما هو تخيير، والتخيير لا يأتلف مع الواجب أو الأمر إذ الوجوب من خطاب التكليف والتكليف يكون بطلب ما فيه كلفة.

هذا وإذا كان الأمر كذلك كما ذكرناه، فما هي مقاصد الشرع إلى فعل المباح، ما دام المرء في المباح مخير فيه بين الفعل والترك من غير مدح أو ذم على واحد منهما؟.

ولا شك أن الشارع إذ قصد إلى فعل المباح إنما يكون قصده على عدة صور فيها مصلحة العباد، ويمكن أن نجملها بما يلي.

١ ـ **الصورة الأولى**: قصد الشارع من استعمال المرء للمباح للتمتع

---

(١) الغزالي المستصفى ج/١ ص/٧٥.

بالطيبات، وفي هذا خير محض للفاعل تبعاً لما تقتضيه طبيعة العيش وإقامتها في الحياة للتمتع بما خلقه الله سبحانه وتعالى حلالاً طيباً، قال تعالى: **﴿يا أيها الناس كلوا مما في الأرض حلالاً طيباً﴾**(١).

وقال تعالى: **﴿يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم واشكروا لله﴾**(٢). وقوله مخاطباً رسله باستعمال المباحات تعليماً للناس جميعاً. **﴿يا أيها الرسل كلوا من الطيبات واعملوا صالحاً﴾**(٣).

إلى غير ذلك مما هيأ الله سبحانه وتعالى لعباده من خير.

الصورة الثانية: قصد الشارع من فعل المباح تنعم العباد بما بسطه الله من النعم والشكر عليها.

الصورة الثالثة: البحث على فعل المباح للرد على المنكرين للطيبات الذي خلقها الله تعالى وعلى الرافضين التمتع بها، وقد أشار الله سبحانه وتعالى إلى هؤلاء بقوله: **﴿قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق قل هي للذين آمنوا في الحياة الدنيا خالصة يوم القيامة﴾**(٤).

هذه الآية قصدت البعض الذين كانوا يتركون النساء ويهجرون النوم ويلتزمون الصوم فأنكر الله عليهم ذلك، وقد روى الإمامان مسلم والبخاري عن أنس قال: «جاء رهط إلى بيوت أزواج النبي يسألونه عن عبادته فلما أخبرهم كأنهم تقالوها، فقالوا أين نحن من النبي قد غفر الله له ما تقدم من ذنبه وما تأخر، وقال أحدهم: أما أنا فإني أصلي الليل أبداً، وقال آخر: وأنا أصوم الدهر ولا أفطر، وقال آخر، وأنا اعتزل النساء فلا أتزوج أبداً، فجاء رسول الله فقال: أنتم الذين قلتم كذا وكذا. أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له، لكني أصوم وأفطر وأصلي

(١) سورة البقرة، الآية: ١٦٨.
(٢) سورة البقرة، الآية: ١٧٢.
(٣) سورة المؤمنون، الآية: ٥١.
(٤) سورة الأعراف، الآية: ٣٢.

وأرقد وأتزوج النساء، فمن يرغب عن سنتي فليس مني»[1].

وإلى هذا أشار الله سبحانه وتعالى فقال: **﴿يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحلّ الله لكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين﴾**[2].

الصورة الرابعة: قصد الشارع في المباحات تقدير النعم وهي هدايا من الله لعباده فلا يسوغ رفضها مثال ذلك ما ورد في حديث ابن عمر وابنه في قصر الصلاة حيث قال: «إنها صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته»[3] وفي الحديث: «إن الله يحب أن تؤتى رخصه، كما تؤتى عزائمه».

وخلاصة القول: إن الإباحة تتساوى بين الفعل أو الترك أي إنه يتساوى الطرفان في نظر الشارع، إذ هي تخيير المكلف بين الفعل أو عدمه، أي إعطاؤه الحرية بين الفعل والترك، ومع ذلك، فإن الحكم الشرعي قد يجعل المباح حراماً إذا ترتب عليه معصية فمثلاً الإفتاء في ذاته حلال، وهو أمر مباح لمن يملك فيه الأهلية، فإذا خرج المفتي عن السلوك الواجب الاتباع، بأن كان ماجناً أو مستهتراً فيجب عليه الحجر للحد من إضراره للناس في إفتائه بأمور غير صحيحة حداً للضرر، وكذلك بالنسبة لمهنة الطبيب فهو عمل مباح، بل فرض كفاية بالنسبة إلى المجموع، فإذا كان الطبيب جاهلاً يضر بصحة الناس نتيجة لجهله، وجب منعه، إذ صار عمله حراماً، وكذا فيمن يصرف أمواله بعدل وإنصاف، فهو حرّ، وعمله مباح، فإذا أسرف بأن صار سفيهاً جاز حجره وذلك وفقاً للضرر، وكذلك بالنسبة لأعمال التجارة في البيع والشراء فهو عمل مباح، وهو متعلق بحاجات الناس، فإذا تعدى البائع العدل والإنصاف وجنح إلى البيع بغبن كثير، أو احتكر السلع جاز التدخل، ومنع الإباحة، وهي حرية تقدير ثمن السلعة والتدخل في حرية المحتكر لسلعه، وإجباره على بيع السلعة المحتكرة جبراً عليه. وكذلك أورد الفقهاء مسائل تترتب على عدم تركها والاستمرار فيها مفسدة، كوجوب قطع الصلاة في حالات

---

(١) تفسير القرطبي ج/٦ ص/٢٩١.

(٢) عن الشاطبي الموافقات ج/٤ ص/٨١.

(٣) سورة المائدة، الآية: ٨٧.

معينة، فعدم قطع الصلاة في مثل هذه الحالات تجعل الاستمرار في الصلاة التي فريضته حراماً، كعدم قطع الصلاة لإنقاذ غريق شارف على الموت، أو رد اعتداء وشيك الوقوع.

وعلى هذا نجد أن المباح قد يكون مطلوب الفعل وجوباً أو ندباً تبعاً لما يؤدي إليه من حيث ذات الفعل، وفي جميع الأحوال، فإن النية هي المعيار التي يرجع إليها في الحكم على الفعل لتوصيفه أنه واجب أو مندوب، أو حلال، أو حرام، أو صحيح أو فاسد، أو طاعة أو معصية، وإلى هذا أشار ابن قيم الجوزية فقال: «القاعدة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، فالقصد والنية، والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً وصحيحاً أو فاسداً. وطاعة أو معصية، كما أن القصد في العبادة يجعلها واجبة أو مستحبة أو محرمة أو صحيحة أو فاسدة»[1].

هذا وقد بيّن الفقهاء أن المباح يكون مطلوباً بالترك لا من حيث ذاته، بل يكره أو يحرم بحسب الآثار التي تترتب عليه تبعاً للفعل، إذ يصبح حراماً أو مكروهاً مثال ذلك في الذرائع.

الذرائع: رأى الفقهاء فيها أن المباحات نفسها تتقلب إلى محرمات إذا كانت وسيلة إلى حرام، وقد يكون المباح واجباً أو مندوباً، إذا كان وسيلة إلى واجب أو مندوب، وعلى هذا يمكننا القول أن المباح إذا كان ذريعة إلى ممنوع أضحى ممنوعاً سداً للذرائع، إذ الذريعة دائماً تكون وسيلة مفضية إلى حكم شرعي مقصود، فإذا كانت الذريعة مفضية إلى مفسدة أخذت حكمها في التحريم والكراهة، وإذا كانت الذريعة مفضية إلى مصلحة أخذت حكمها من وجوب أو إباحة ويقول القرافي بهذا الخصوص «إن الوسيلة إلى أفضل المقاصد هي أفضل الوسائل، والوسيلة إلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل».

وبهذا نجد أن المباح قد يكون وسيلة إلى منهي عنه، فيكون مطلوب الترك

(١) ابن قيم الجوزية ـ أعلام الموقعين ج/٣ ص/١٠٨.

كالفتوى، فهي من أعمال الإباحة، فإذا صدرت من جاهل كان منهياً عنها أي مطلوب تركها ممن ليس أهلاً لها، وكذا التطبيب، فالتطبيب إذا كان من جاهل يكون ممنوعاً عنه، وكذلك قد يكون المباح ذريعة إلى مأمور به، فيكون مطلوب الفعل كلزوم النفل بالشروع فيه، إذ النفل مباح باعتباره قد أذن في فعله، إذ كل ما أذن الشارع به فهو مباح في المعنى الفقهي، ويدخل في هذا النفل والتطوع.

مثال آخر الطلاق، فهو فعل مباح، وقد يكون مطلوب الفعل لعارض قوي، ففي النكاح مثلاً الذي يخدم الألفة وإقامة النسل يكون الطلاق الذي هو أبغض الحلال إلى الله مطلوباً فعله، إذ قام عارض كالشقاق الذي به تستحيل الحياة الزوجية، أو كعدم إقامة حدود الله ففي مثل هذه الحالات يكون فعله أولى من تركه.

وفي الواقع أنه لا يوجد مباح إلا وهو يخدم ما هو مطلوب الفعل أو الترك، وإن السلف لم يتركوا شيئاً من المباح إلا إذا شكّوا في إباحته، أو اشتبه الأمر عليهم في إباحته، وقد عبّر الصحابة عن هذا بقولهم: «كنا ندع ما لابأس به حذراً مما به بأس».

العفو والإباحة: هناك من الواقع ما قد سكت الشارع عنها، فهي ليست مطلوباً فعلها ولا تركها، كما أنها لم تترك لاختيار المرء، فهي تشبه المباح، لكنها ليست من المباحات ولا تعتبر من مقاصد الشريعة الخمسة وهي المحافظة على الدين، والمحافظة على النفس، والعقل والنسل والمال، فهي ليست من الممنوعات ولا من المطلوبات وإلى هذا أشار الله تعالى إليها بقوله: **﴿يا أيها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم، وإن تسألوا عنها حين ينزّل القرآن تبد لكم عفا الله عنها﴾**(1).

كما أشار رسول الله ﷺ فقال: «إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها وحدّ

(1) سورة المائدة، الآية: ١٠١.

حدوداً فلا تعتدوها، وحرم أشياء فلا تنتهكوها، وعفا عن أشياء رحمة بكم لا عن نسيان فلا تبحثوا عنها».

وبهذا نجد أن العفو يدخل في شمول ما لا حكم له في الشرع، فكل شيء إذن ما لا حكم فيه في القرآن فهو مما عفا الله عنه.

فكل ما لا نص عليه في الأمر والنهي فهو مما يدخل في شمول الاجتهاد وهو معفو عنه بدليل قوله تعالى: ﴿عفا الله عنك لم أذنت لهم﴾[1] هذا ويدخل في شمول العقد أيضاً فعل الغافل والناسي أو المخطىء، لأن الأفعال إن لم تكن منهياً عنها أو مأموراً بها أو مخيراً فيها فهي مما لا حكم فيه في الشرع فهي بمعنى العفو حتى ولو تعلق بالأفعال الأمر، والنهي، فإنه يشترط للمؤاخذة القدرة على الامتثال، وهذا بالنسبة للناسي أو الغافل أو المخطىء وأمثالهم يستحيل تحققه عندهم، وقد وضع الشاطبي معياراً ضابطاً للعفو وهو كل ما لا يدخل في خطاب التكليف والأحكام الوضعية فهو من قبيل العفو إذ عنده أن أفعال المكلفين من حيث هم مكلفون داخلة تحت خطاب التكليف، وأنواع خطاب التكليف محصورة في الخمسة، كما أن الأحكام الوضعية أيضاً محصورة والعفو ليس منها، فالعفو مرتبة زائدة عن الأحكام الشرعية فهو حكم غير شرعي فلا اعتبار به وقد ضرب أمثالاً عن العفو حصرها في حالات ثلاث وهي:

١ ـ الوقوف مع مقتضى الدليل المعارض قصداً وإن قوي معارضه وأدخل تحته العمل بالعزيمة والعمل بالرخصة والترجيح بين الدليلين فإنه وقوف مع أحدهما وإهمال الآخر مثاله:

قوله تعالى: ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم﴾[2] هذا العموم يتناول بظاهره كل مطعومهم وما ذبحوه لأعيادهم وكنائسهم فكان للنظر هنا مجال.

٢ ـ الخروج عن مقتضى الدليل عن غير قصد أو عن قصد ولكن بالتأويل

---

(١) سورة التوبة، الآية: ٤٣.

(٢) سورة المائدة، الآية: ٥.

كرجل يعمل عملاً معتقداً إباحته لأنه لم يبلغه دليل على تحريمه أو ندبه. ومن ذلك العمل على المخالفة خطأ أو نسياناً أو ما جرى مجراهما وكذا العفو عن عثرات ذوي الهيئات لحديث عائشة أن الرسول ﷺ قال «أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم»(١). ومنه درء الحدود بالشبهات فإن الدليل يفيد الظن في إقامة الحد، ومع ذلك فإذا عارضه شبهة وإن ضعفت غلب حكمها، ودخل صاحبها في حكم العفو. مثال ذلك الخمر كانت في صدر الإسلام في حكم الإقرار أي معفو عنها أو معتادة الاستعمال في الجاهلية ثم تدرج الحكم من استصحاب حكمها حتى استقر تحريمها وارتفع العفو إذ يقول الله سبحانه وتعالى: ﴿**ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا**﴾(٢) فرفع الجناح في هذه الآية يفيد معنى العفو وكذلك الربا وبيوع الغرر كل هذه كان مسكوتاً عنها وما هو مسكوت عنه يدخل في معنى العفو.

٣ ـ العمل بما هو مسكوت عن حكمه، كالسكوت عن أعمال أخذت قبل من شريعة إبراهيم. والمسكوت عنه عرف بأدلة عامة أن الشريعة قصدت رفع الحرج فيه عن المكلفين. مثال ذلك بما كان عليه العرف قبل الإسلام من بقايا ملة إبراهيم من نكاح وطلاق وحج وعمرة واغتسال من الجنابة وتغسيل الموتى وتكفينهم إلى غير ذلك، وبقوا على أحكامها حتى جاء الإسلام فأحكم منه ما أحكم وانتسخ ما خالفه فدخل ما كان قبل ذلك في حكم العفو.

وخلاصة القول في هذا الشأن إن لفظ العفو الوارد على وجه الترداد في الشريعة الإسلامية إنما هو ما لا حكم له في الشرع بمعنى أنه قريب للإباحة باعتبار أنه غير مطلوب الفعل أو الترك.

---

(١) خطاب للأئمة بترك أهل المروءة والخصال الحميدة التي تأبى عليهم طباعهم، وتجمع بهم الإنسانية والألفة أن يرضوا لأنفسهم بنسبة الفساد والشر إليها فتترك لهم زلاتهم وذنوبهم الصغائر، ولكن تقام عليهم الحدود إذا ارتكبوا ما يوجبها، وبلغت الإمام، ويطالبون بالحقوق البشرية، إذ لا يملك أحد غير أصحابها إسقاطها، فيظل المأمور بالعفو عنه هفوة أو زلة لا حدّ فيها وهي من حقوق الله، فلا يعزر عليها، وإن رفعت للحاكم. «المصطفى من أحاديث المصطفى» أخرجه الإمام أحمد بن حنبل والبخاري.

(٢) سورة المائدة، الآية: ٩٣.

الباب الأول

طوارق الأباحة

الفصل الأول

الرخصة

أولاً ـ الرخصة سبب لطروء الإباحة:

الأصل أن الأفعال مطلوبة الفعل أو الترك وما لم تكن كذلك فهي مباحة ومع ذلك قد يكون الفعل أصلاً مطلوب الفعل أو الترك من الشارع فيعرض طارىء يقتضي الإباحة تخفيفاً على العباد أو رفقاً بهم، فطروء الإباحة إذاً إنما ترد على فعل من الأفعال المكلف به المرء فيجعله مباحاً، سواء كان الأصل طلب الفعل أو تركه، وبزوال الطارىء يعود الحكم إلى طلب الفعل أو الترك، ومن الرجوع إلى الأدلة الشرعية للأحكام الفقهية، نجد أن طروء الإباحة تطرأ على كل المحظور والواجب فتجعله مباحاً فهي إذن ترد على فعل من الأفعال التي لم تكن مباحة قبل طروء سبب من الأسباب وهذه الإباحة الطارئة قد تكون مقيدة بحال معين كالرخص وقد تكون مطلقة كما في النسخ، بمعنى أنه يكون الفعل مباحاً في الأصل ثم يطلب فعله أو تركه في حالة معينة، فإذا نزلت هذه الحالة ارتفع الطلب أو الترك ويعود الفعل إلى الإباحة، فالمحظور مثلاً يصير في بعض الأحيان مباحاً كما أن الواجب يصير أحياناً مباحاً. مثال ذلك عورة المرأة الأجنبية محظور رؤيتها فيطرأ المرض فيباح للطبيب رؤيتها بقصد العلاج. كذلك حلّ الميتة للمضطر. ومن الأسباب التي تطرأ فتجعل المحظور والواجب مباحاً هي الرخصة، والاستحسان والعرف، والمصلحة المرسلة، والذرائع ونحوها. ويحسن بنا أن نجمل هذه الأسباب دون تفصيل على ما يسمح به هذا المؤلف.

أولاً الرخصة:

المراد بالرخصة خلاف التشديد، وأنها شرعت لعذر شاق استثناء من أصل كلي يقتضي المنع مع الاقتصار على مواضع الحاجة[1] وهذه الرخصة تشمل الواجب والمندوب والمباح مثال شرب الخمر بالقدر الذي يصرف الهلاك، وكذا قصر الصلاة للمسافر.

هذا ويرى الأحناف أن الترخيص بمعناه الحقيقي هي التسمية الصحيحة، أنه هو الذي يبقى معه الأصل مشروعاً، إنما تظل الحرمة باقية مع وجود الترخيص. إلا أنه للتيسير على العباد ورفع الحرج عنهم جرى ترخيص هذا الفعل على معنى رفع المساءلة إن وجدت، وتحقق الضمان إن كان له وجه. مثال ذلك الفعل غير المشروع. بوجود الرخصة فيه يرفع المسؤولية. ويبقى الضمان إن وجد له مبرر، كما في إتلاف مال الغير عند الضرورة.

فالضرورة هنا ترخيص، كمن اعتدى على طعام الغير أو ماله وفقاً للمخمصة، فالاعتداء في هذه الحالة غير مشروع، ولكن الضرورة رخصت به، بدليل وجوب ضمان ما أتلفه من مال غيره، كذلك إكراه المرء على فعل محرم، كإجراء كلمة الكفر، فإذا امتنع المرء وصبر وقتل فقد بذل نفسه، فكان شهيداً، وإذا أجرى كلمة الكفر على لسانه فقد ترخص لهذا بالأدنى صيانة للأعلى[2].

ويرى الشاطبي أن الرخصة لا تترتب عليها الإباحة، فهي سبب للأسباب فقط، ولا تكون سبباً لغيرها، لأن الترخيص يراد به التفسير والتسهيل على المكلف بدفع المشقة، ورفع الحرج، ودليله على ذلك عدة أمور وهي:

١ ـ موارد النصوص كقوله تعالى: ﴿**فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم**

---

(١) سلام مدكور الحكم عند الأصوليين ص/١١٧.

(٢) البزدوي مع كشف الأسرار ج/٤ ص/١٥١٩ ـ ١٥٢١.

عليه﴾[1] وقوله تعالى: **﴿وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة﴾**[2].

٢ ـ الرخصة أصلها التخفيف على المكلف ورفع الحرج عنه حتى يكون من ثقل التكليف في سعة واختيار بين الأخذ بالعزيمة والأخذ بالرخصة وهذا أصله الإباحة.

٣ ـ أنه لو كانت الرخص مأموراً بها ندباً أو وجوباً لكانت عزائم لا رخصاً، والحال يفيد ذلك، فالواجب هو الحتم اللازم، والمندوب كذلك، من حيث مطلق الأمر، ولذلك لا يصح أن يقال في المندوبات أنها شرعت للتخفيف والتسهيل من حيث هي مأمور بها[3].

أ ـ الحاجة وأثرها في الترخيص:

من المسلم به أن الاضطرار أقوى أنواع الحاجة وهو سبب من أسباب الرخصة، والاضطرار عند فقهاء الشريعة هو الإكراه الصادر من الإنسان وهو الذي يكوّن الدافع للفعل. والإكراه المقصود هنا هو الإكراه الملجىء، وإلى هذا أشار الكمال في تحريره وشرحه إذ يقول، «الإكراه الملجىء نوع من الاضطرار لا يخلو أن يكون بإكراه من ظالم، أو بمجوع في مخمصة[4].

هذا الاضطرار يبيح المحظور تمشياً مع القاعدة المعروفة «إن الضرورات تبيح المحظورات» والضرورة لها أسباب أحدها الجوع الشديد ونحوه على عدم وجود الحلال، والثاني أن يكره المرء على تناول مكره، هذا وقد قسم الإكراه من ناحية إباحة الفعل والترخيص فيه إلى ثلاثة إقسام.

الأول: ما يبيح إكراه الفعل: كأكل الميتة والدم ولحم الخنزير وشرب الخمر

---

(١) سورة البقرة، الآية: ١٧٣.

(٢) سورة النساء، الآية: ١٠١.

(٣) الشاطبي الموافقات ج/١ ص/٢١٤.

(٤) القرطبي ج/٢ ص/٢٠٧.

إذا كان الإكراه تاماً، فالإباحة عن الإضطرار منصوص عنها بقوله تعالى ﴿**إلا ما اضطررتم إليه**﴾ بمعنى إن كانت هناك مشقة قائمة وهي المجاعة، فهنا نجد أن الأصل هو التحريم واستثنى منها الإباحة للاضطرار بالإكراه وهو الجوع المفضي للتهلكة.

الثاني: إكراه لا يبيح الفعل لكنه يمنع المساءلة كإجراء كلمة الكفر على اللسان مع اطمئنان القلب بالإيمان، فهذا يرفع المسؤولية ولكنه لا يحتمل مطلقاً الإباحة بالكفر إذ الحرمة هنا قائمة ولكن الحاجة أسقطت المؤاخذة لعذر الكره. هذا إذ يرخص فعله لكن المرء يثاب على تركه لأن الرخصة هنا ترفع الإثم تيسيراً على العباد.

الثالث: إكراه تام لا يبيح الفعل ولا يرخص فيه مثال ذلك قتل المسلم بغير حق أو قطع عضو من أعضائه دون سبب يبرر القطع لأن فعل القتل أو القطع بغير حق لا يحتمل الإباحة مطلقاً ولا يرفع المساءلة إنما يخفف العقوبة عند الفقهاء.

وعلى هذا نجد أن الإكراه في الشريعة الإسلامية يعتبر سبباً من أسباب الإباحة علمنا حكم الإكراه إذا كان سبباً من أسباب الإباحة، ولكن إذا طرأ الاضطرار فما هو حكمه فهل هو إباحة أم أنه وجوب مفروض على المضطر؟ اختلف الفقهاء في حكم الاضطرار وأثره على بعض المحظورات.

ففي أكل لحم الميت أو لحم الخنزير أو شرب الخمر للمضطر حكمه اختلف عند بعض الفقهاء، فعند الشافعي ورواية عن أبي يوسف وعند الظاهرية أن حكم تناول هذه المحرمات للاضطرار الإباحة، ودليلهم على ذلك قوله تعالى ﴿**وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه**﴾[1].

فهنا نجد أن هؤلاء اعتبروا طروء الضرورة سبباً للإباحة.

وفريق آخر من الفقهاء ومنهم المالكية وجمهور الأحناف والمشهور عند

---

(١) سورة الأنعام، الآية: ١١٩.

الشافعية أن حكم الضرورة هنا تفيد وجوب الفعل لما يقابله النهي عن الفعل الذي يودي بالحياة مستدلين بقوله تعالى: ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾[1] إذ النهي عن الشيء أمر بضده لأن المأمور به المحافظة على النفس ولا يتحقق هذا إلّا بتناول ما هو محرم في الأصل محافظة على النفس وبهذا كان التناول واجباً، وهكذا تبين لنا أن الترخيص يتناول لحم الميتة وما في حكمها للمضطر إباحة كما أن النهي عن الإلقاء بالتهلكة واجب.

هذا والاضطرار يترتب عليه الضمان في بعض المذاهب، فعند الأحناف لا يعتبرون الإتلاف مباحاً بل رخصة، بينما الشافعية، فإنهم يرفعون المسؤولية عن إتلاف مال الغير بالاضطرار لوجود الإباحة من الشارع. فإذا كان الأمر كذلك فلا ضمان إذ القاعدة «أنه لا تجتمع إباحة وضمان» ويبدو أن هذا عند الشافعية على وجه التخصيص، أما عند باقي الفقهاء. فيرون أن الإباحة لا تقتضي إلا رفع الإثم، وبالتالي فالضمان شيء آخر، وهو مرتبط في الدنيا، ومن هذا القبيل أنه إذا أكل شخص طعام الغير لدفع المخمصة لا يضمن عندهم، على أن الحنابلة يفرقون بين الإتلاف لدفع الأذى عن المال المتلف، كما في قتل الصائل فلا ضمان وبين الإتلاف لدفع الأذى عن الشخص المتلف بما أتلف من ماله كأكل طعام الغير دون إذنه للضرورة، فيضمن، وقد لخص ابن رجب هذا بالقاعدة أنه «من أتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمن وإن أتلفه لدفع الأذى عن نفسه ضمنه»

هذا ويرى الأحناف فيمن يجب عليه الضمان في الاضطرار أنه إذا كان نتيجة إكراه الغير فيجب الضمان على المكرِه بكسر الراء. وهذا الإتلاف ينسب إلى الحامل لا إلى الفاعل، إذ استخدم الفاعل كالآلة، وهذا رأي الحنابلة وبعض الشافعية.

على أن المالكية يرون أن الضمان على المكره بفتح الراء، وبعض الشافعية يرون أن الضمان متوجب على الحامل والفاعل معاً.

---

(١) سورة البقرة، الآية: ١٩٥.

ب ـ المشقة وأثرها في الترخيص:

المشقة: المراد بها إتيان الفعل بصعوبة وعسر وعناء خارج عن حد العادة والاحتمال[1].

والمشقة تستوجب الرخصة وهي كما يقول القرافي قسمان أحدهما لا ينفك عن العبادة كالوضوء، والغسل في البرد، والصوم في النهار الطويل، هـذا القسم لا يستوجب التخفيف في العادة.

أما القسم الثاني: وهو ما تنفك عنه العبادة، وهو على أنواع منه في المرتبة العليا كالخوف على النفس والعضو والمنافع، فهذه تقتضي حمايتها بالتخفيف لأن حفظ هذه الأمور هو مدعاة للمحافظة على مصالح الدنيا والآخرة.

النوع الثاني كان في المرتبة الدنيا كألم بسيط في أحد الجوارح كالأصبع مثلاً، فإن هذه لا تمنع العبادة، وإتيان العبادة أولى من درء المشقة البسيطة.

والنوع الثالث هو ما كان بينهما أي بين المرتبة العليا والمرتبة الدنيا، فما كان أقرب للمرتبة العليا وجب التخفيف، وما كان أقرب للمرتبة الدنيا فلا يـوجب التخفيف، وما كان بينهما أي بين المرتبتين على وجه التجاذب اختلف فيه.

ويرى الشاطبي في موافقاته أن المشقات نوعان مشقات حقيقية وهي ما يقع فيها الترخيص عادة كوجود المشقة المرضية والسفرية.

ومشقة توهمية مجردة لم توجد فيها المشقة الحقيقية، إنما وجد فيها شيء غير خارج عن حد العادة، وخلص إلى القول: إن مشقة مخالفة الهوى لا رخصة فيها البتة. والمشقة الحقيقية فيها الرخصة بشرطها، فإذا لم يوجد شرطهـا فالأحـرى الرجوع إلى أصل العزيمة، إلا أن هذه الأخروية تارة تكون من باب الندب وتارة تكون من باب الوجوب.

وهذا وإن أثر المشقة في الترخيص، إن الترخيص إذاً هو مبني على المشقة

(١) محمد رواس قلعجي معجم الفقهاء ص/٤٣١.

يكون تارة بإسقاط العبادة كالحج عند عدم توفر الأمن، وكالصلاة بالنسبة للحائض والنفساء، كما ويكون تارة أخرى بنقص الفروض كقصر الصلاة من أربع ركعات إلى ركعتين حال السفر، وتارة يكون بالتأجيل، كتأجيل الصوم بالنسبة للحائض والنفساء، ومن أمثلة المشقة:

١ ـ مشقة السفر ففي الصلاة يرى جمهور العلماء أن القصر للمسافر إنما هو رخصة.

٢ ـ الجمع بين الصلاتين دفعاً لمشقة السفر، وكذلك أثر مشقة السفر في صوم رمضان، إذ بين القرآن أنه من حق المسافر تأخير الصوم إلى ما بعد انتهاء السفر، وهل المسافر مخير بين الإفطار والصوم وأن إتيان كل واحد منهما إنما هو إباحة؟

ويرى أكثر العلماء أن الإفطار في السفر إنما هو رخصة، فإن شاء صام وإن شاء أفطر، والواقع أن أفضل الأمرين أيسرهما وإلى هذا أشار الله سبحانه وتعالى بقوله: ﴿**يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر**﴾[١].

وهكذا وجدنا أن الرخصة سبب لطروء الإباحة.

النسخ سبب لطروء الإباحة:

النسخ: هو خطاب الشارع المانع من استمرار ما ثبت من حكم خطاب شرعي ثابت ويعرفه ابن الحاجب بقوله: إن النسخ هو رفع الحكم الشرعي بدليل شرعي متأخر. هذا والنسخ جائز عقلاً وواقع شرعاً، وهو يعني الإبطال والإزالة، فالنسخ إذ هو جائز عقلاً ولا استحالة فيه فهو شرعاً قد سبق وقوعه في الشرائع السابقة بدليل أن الشريعة الإسلامية جاءت ناسخة للشرائع القديمة فيما اختلف معها من أحكام. وعلى هذا فالنسخ إذن في الشريعة الغراء مقبول ومسلم به ووارد في القرآن الكريم بأحكام نسخت ما قبلها لهذا نجد في القرآن من الأحكام ما نسخ

(١) سورة البقرة، الآية: ١٨٥.

بعضه بعضا، وعلى هذا فالنسخ إذن يكون ببدل عنه كما وقد يكون نسخ بغير بدل، ومهما تكن ماهية النسخ ببدل أو بغير بدل فإن النسخ قد يكون الى حكم مساوٍ له أو أشد منه أو أخف منه مثال ذلك على نسخ مساوٍ له، نسخ الاتجاه إلى بيت المقدس بالاتجاه إلى الكعبة.

ومثال النسخ بما هو أشد منه وقد يكون فيه مصلحة للمكلف. كنسخ إباحة الخمر في الأصل إذ ورد قوله تعالى: **﴿ومن ثمرات النخيل والأعناب تتخذون منه سكراً ورزقاً حسناً﴾**[1] هذه الآية نسخت بآية التحريم المقيد ثم إلى المطلق بقوله تعالى: **﴿ولا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون﴾**[2] وبقوله تعالى: **﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾**[3].

ومثال آخر على النسخ إلى الأشد، نسخ حبس الزانية إلى رجمها إن كانت محصنة، وجلدها إن كانت غير محصنة.

أما النسخ إلى بدل أخف مثاله: نسخ حظر لحوم الأضاحي إلى إباحتها لقوله ﷺ: «كنت نهيتكم عن ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاثة أيام فكلوا ما بدا لكم. وأطعموا وادخروا»[4] وقوله عليه الصلاة والسلام في حظر زيارة القبور إلى الإباحة «كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها، فإنها أزهد في الدنيا وتذكرة بالآخرة»[5].

هذا وقد يكون دون النص على بدل عنه مثاله: نسخ وجوب الصدقة بين يدي مناجاة الرسول، وكذا: حل الرفث إلى النساء والطعام والشراب في ليالي رمضان.

---

(١) سورة النحل، الآية: ٦٧.
(٢) سورة النساء، الآية: ٤٣.
(٣) سورة المائدة، الآية: ٩٠.
(٤) رواه الترمذي.
(٥) رواه ابن ماجه.

وهذا الحكم نسخ التحريم الذي كان في صدر الإسلام على أن البعض رأى في المثال الأول، أن هذا النسخ إنما هو جواز نسخ إلى بدل وهو الجواز الذي يشمله الإباحة والندب[1] ورأى البعض الآخر في المثال الثاني بأن الحل المنصوص عليه هو نسخ إلى بدل أيضاً لأن المراد بالبدل ورود النص على الحكم الناسخ.

هذا والنسخ إذ يكون القرآن، لكن السؤال هل ينسخ القرآن بالسنة، الإمام الشافعي منع نسخ القرآن بالسنة ونسخ السنة بالقرآن على أن الأحناف أجازوا ذلك[1]، وعلى كلٍ فموضوع النسخ يخرج عن بحثنا، وقد فصل فيه في كتب الأصول. وفي جميع الأحوال أن النسخ بعد الرسول لم يقع مطلقاً.

(١) جلال الدين المحلى شرح المحلى على جمع الجوامع ج/٢ ص/١١.
(٢) محب الله بن عبد الشكور ـ مسلم الثبوت ج/٢ ص/٧٠ مطبوع على هامش المستصفى للغزالي.

الفصل الثاني

الأسباب التي تجعل المحظور مباحاً

من هذه الأسباب التي تطرأ، الاستحسان، والعرف والمصالح المرسلة، والذرائع وغيرها هذه الأسباب تنقل الحظر إلى الإباحة ويحسن بنا أن نعرض هذه الأسباب الطارئة التي تجعل التصرف مباحاً، بكلمة موجزة، في حدود ما يقتضيه بحثنا.

أولاً ـ الاستحسان:

المراد بالاستحسان هو ترك العسر إلى اليسر، أو ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس[1].

ويقول الآمدي في تعريف الاستحسان إنه ترك وجه من وجوه الاجتهاد غير الشامل في شمول الألفاظ لوجه أقوى منه، وهو حكم الطارىء على الأول[2] فهو إذن العدول عن المسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر أوجه وأقوى يقتضي هذا العدول[3] كعدول الحرمة إلى الإباحة في نظر الطبيب إلى عورة المرأة بسبب علاجها.

---

(١) السرخسي ـ المبسوط ج/ ١٠ ص/ ١٤٥.
(٢) معروف الدواليبي ـ أصول الفقه ص/ ٢٨٠.
(٣) الآمدي الأحكام ج/ ٤ ص/ ٢١٢.

ويرى الأصوليون أن الاستحسان نوعان:

١ ـ استحسان قياسي.

٢ ـ استحسان استثنائي.

ويهمنا في بحثنا هنا النوع الثاني من الاستحسان وهذا الاستحسان الاستثنائي إنما هو مستثنى حكمه من أصل كلي، أو قاعدة عامة، لدليل خاص يقتضي ذلك، سواء كان أثراً كما في السَّلم، أو إجماعاً كما في الاستصناع، أو عرفاً، كما إذا كان محل العقد يشوبه الجهالة، لكن الناس اعتادوها وتعارفوا على الرضا به. أو مصلحة مرسلة، كما في تضمين الصنّاع في عملهم على الرغم من أن يدهم يد أمانة وبالتالي فالأصل أن الأمين لا يضمّن. هذا الحكم المستثنى وهو الذي يكون سبباً لطروء الإباحة، وهو معتبر من الرخص الشرعية، وهو عدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس، والأمثلة على ذلك كثيرة منها السَّلم والإجارة والاستصناع.

هذه العقود جميعها جرى عليها التعاقد على معدوم لم يتحقق بعد، وبالتالي تعتبر باطلة في الأصل لقيام عنصر الجهالة فيها، وهذا ما يقضي على النزاعات بين الأطراف ومع ذلك فقد أبيح التعاقد فيها واعتبر صحيحاً، للضرورة إليها وحاجة الناس إليها تيسيراً للتعامل، ومع ذلك فإن هذا الترخيص بإباحتها يستند إلى أدلة شرعية وهو استثناء من القاعدة الكلية ومن هذا الاستثناء ما يلي:

١ ـ السَّلم والإجارة والاستصناع:

ففي عقد السَّلم. وهو بيع عاجل بآجل هذا استثناء مرخص به في الأصل الذي هو عدم جواز بيع ما ليس عند الإنسان، ولكن النبي ﷺ رخص ذلك في السَّلم.

وكذا في الإجارة فقد استند في إجارتها إلى قوله تعالى: **﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾**(١).

---

(١) سورة الطلاق، الآية: ٦.

وقوله تعالى أيضاً: ﴿إذا آتيتموهن أجورهن محصنين غير مسافحين﴾[1].

كما ورد عن رسول الله ﷺ «أعطوا الأجير أجرته قبل أن يجف عرقه» وقوله «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره».

وكذا بالنسبة لعقود الاستصناع، فهي تستند إلى إجماع المسلمين على إباحة التعامل بها دون اعتراض عليها.

هذا ومن الأمثلة على الاستحسان أيضاً بما يفيد الترخيص.

٢ ـ خيار الشرط في العقد:

هذا الشرط يعمل به على وجه الاستحسان وهو استثناء من الأصل الكلي وهو الالتزام بالعقد بمجرد انعقاده، ومرد قبول هذا الاستثناء بخيار الشرط قول رسول الله ﷺ: أنه قال لحبَّان بن منقذ: «إذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام».

٣ ـ الترخيص للطبيب بإباحته للنظر إلى موضع العلاج من جسم المرأة الحرة:

هذا الترخيص إنما سببه العلاج فهي العلة في الإباحة وهذا الاستثناء إنما هو من القاعدة الكلية التي تفيد تحريم النظر إلى جسد المرأة لقوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها﴾[2] إذ المحدد أصلاً بأقوال الفقهاء النظر إلى ما ظهر من الوجه والكفين. فالإباحة للطبيب هنا إنما هو عدول عن الحرمة إلى الإباحة بسبب الضرورة وهي مصلحة المريض ومعالجته، وهذه هي علة الإباحة للنظر إلى العورة، وهي أقوى من علة التحريم الثابتة في النصوص العامة.

٤ ـ إباحة القرض:

إباحة القرض رخصة وهذه الرخصة مستثناة من الأصل وهو تحريم ربا

(١) سورة المائدة، الآية: ٥.

(٢) سورة النور، الآية: ٣١.

النسيئة نظراً لحاجة الناس، وتوسيعاً عليهم، وإلى هذا أشار الشاطبي بقوله: «وللاستحسان في الشرع أمثلة كثيرة كالقرض مثلاً، فإنه ربا في الأصل، لأنه بيع الدرهم بالدرهم إلى أجل، ولكنه أبيح لما فيه من التوسعة على المحتاجين بحيث لو بقي في أصل المنع لكان في ذلك ضيق على المكلفين»[1].

وواقع الأمر أن الترخيصات عامة مردها إلى الاستحسان الذي يرمي إلى جلب المصالح، ودرء المفاسد، لأنه إذا كان الأصل في الدليل العام وهو القاعدة الكلية ترمي إلى تحقيق ذلك، فكان من مقتضى هذا الدليل وجوب مراعاته لتحقق المصلحة التي قصدتها القاعدة الكلية أصلاً، وإذا كان الأمر كذلك، فإنه من البديهي أن يراعى ذلك في الاستحسان الذي هو رخصة.

ثانياً ـ العرف:

المراد بالعرف هو ما تواضع الناس عليه وألفوه أخلاقياً وتبعاً للعقل السليم على وجه الاطراد بما لا يخالف الشريعة.

ويعرفه الإمام الغزالي بقوله:

العرف: هو ما استقر في النفوس من جهة المعقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول[2].

هذا والعرف يعتبر مصدراً من مصادر التشريع، ويأتي بعد القرآن والسنة والإجماع، وقد قسمه الأصوليون إلى قسمين: عرف عام وعرف خاص.

أما العرف العام: فهو عرف مطلق غير مقيد بمدينة خاصة، أو طائفة معينة، كالعرف السائد في عقود الاستصناع أو عقود التعاطي والعرف عامة ملزم، وإن القوة الملزمة فيه مستمدة من رضا الشعب الضمني وقبوله على وجه الاستمرار دون

---

(١) الشاطبي ـ الموافقات ج/ ٤ ص/١١٧.
(٢) الغزالي المستصفى ج/١ ص/٢١٧.

اعتراض منه ومن الضرورة الاجتماعية التي تحتم وجوده كلفظ الطلاق عرفاً يفيد انفصام عرى الزوجية وإزالتها في حين أن معناها اللغوي يفيد رفع القيد.

أما العرف الخاص فهو عرف مخصص بمدينة معينة أو طائفة معينة أو حرفة خاصة.

والعرف عامة كما ذكرنا يقتضي أن لا يخالف النص الشرعي أو مخالفاً للكتاب والسنة وهو مصدر احتياطي يرجع إليه بمعرفة الحكم عند انعدام النص الشرعي والفقهاء متفقون في هذه النظرة ويعتبرونه دليلاً يعتمد وجهتهم في ذلك ما ورد عن رسول الله ﷺ إذ قال: **﴿ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن﴾** وهذا كما استدل الفقهاء على حجية العرف بقوله تعالى: **﴿خذ العفو وأمر بالعرف﴾**(١) وقوله تعالى: **﴿وعلى المولود رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾**(٢).

في ضوء القوة الإلزامية للعرف وأنه ضرورة اجتماعية ومصدر احتياطي للتشريع عند عدم وجود النص نجد أن العرف يعتبر من الأسباب الطارئة، وله سلطته وقوته في وضع أحكام طرأت عليها الإباحة بعد حظرها تبعاً لما تعارف الناس عليه فجعل المحظور حلاً بالإباحة مثال ذلك: إباحة استئجار الأجير بطعامه وكسائه على الرغم من الجهالة إذ من المسلم به أن جهالة البدل مانعة من العقد لأن الأصل فيه وضوحه في المعاوضات لمنع النزاع فيه، وعلى هذا، فإن استئجار الأجير بطعامه وكسوته. وإن كان محظوراً في الأصل للجهالة سواء كان معه أجر معلوم أو غير معلوم. لكن العرف جرى على قبول مثل هذا الاستخدام بطعام الأجير وكسوته «إذ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً».

هذا والعرف من أركانه المادية [أن يكون مألوفاً منذ القدم على وجه الاطراد والاستمرار كعقود المزارعة وعقود الرعي. وعقد الظئر وهي المرضعة لغير ولدها.

والعرف مثلاً في الآية الكريمة **﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن﴾** يتناول

---

(١) سورة الأعراف، الآية: ١٩٩.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٣٣.

النفقة المعروفة عرفاً هي النفقة المترتبة وكذلك بالنسبة للكسوة، فالمرضعات إذن في هذه الآية أبيح لهن التعاقد استثناء من الأصل المحظور، وهو التعاقد على مجهول إذ الأصل أنه باطل، ومع ذلك نلاحظ هنا في هذه الآية أنها قبلت تطبيق العرف بمعنى أنها قبلت تنزيل العرف منزلة ما هو معين أو محدد المقدار في النفقة وفي هذا رفع للحظر وإبداله بالإباحة.

ثالثاً ـ المصلحة المرسلة:

المصلحة المرسلة هي نوع من الحكم بالرأي المبني على جلب المنفعة أو دفع المضرة فيما لا نص فيه من الشارع فهي إذن ترمي إلى ما فيه خير المجتمع وما تدعو الحاجة إليه فيما لا يتعارض مع قواعد الشريعة والأخلاق، إذ كل مسألة خرجت عن المصلحة فليست من الشريعة بشيء[1]. فمعيار المصلحة في ضوء ما ذكرناه إذن هو المنفعة وتجنب الضرر وهذا ما ترمي إليه الشريعة الإسلامية إذ الأصل رعاية مصالح الناس وفي هذا حماية للمجتمع من الفساد، وإلى هذا أشار رسول الله ﷺ فقال: «لا ضرر ولا ضرار» وهذا مبدأ عام يقتضي تطبيقه في كافة التصرفات والأفعال وعلى هذا فالمصلحة تتحقق حيث تكون المنافع ويتجنب بها المفاسد بمعنى أن المصلحة حيثما تكون فثم شرع الله، فالمصلحة إذن مطلوبة في كل ما فيه خير، كما أنه مأخوذ بها في كل ما يجنبنا الضرر، فالأخْذ بها إذن يجلب المنفعة ويدفع المضرة.

على هذا الأساس نجد أن المصلحة تحقق ما فيه حاجة ماسة للناس ولم يرد نص شرعي لحلها، كفرض الضرائب على رؤوس الأموال إذا خلا بيت مال المسلمين وكانت الدولة بحاجة للأموال للإنفاق على ما هي بحاجة إليه من مصاريف.

فالمصلحة في ضوء ما ذكرناه إذن هي البحث عن حكم شرعي لمسألة لم

(١) ابن قيم الجوزية أعلام الموقعين ج/٣ ص/١.

تنص عليها الشريعة. والمقصود بالشريعة البحث عن كل ما فيه حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال. فكل ما يحفظ هذه الأصول الخمسة فيه مصلحة وكل ما يفوت على الناس هذه الأصول فهو مفسدة ومن المصلحة دفع هذه المفسدة.

ويرى المالكية والحنابلة ضابطاً أدق فيقولون بأن كل عمل فيه مصلحة لا ضرر فيها، أو إذا كان النفع فيه أكبر من الضرر فهو في هذه الحالة مطلوب من غير أن يحتاج إلى شاهد خاص لهذا النوع من النفع، كما قالوا: إن كل أمر فيه ضرر لا مصلحة فيه، أو إثمه أكبر من نفعه فهو منهي عنه من غير أن يحتاج إلى نص خاص[1].

هذا والمصلحة نوعان قد تكون كلية عامة أو جزئية خاصة. ومثال المصلحة العامة جمع القرآن الكريم في مصحف واحد بناء على اقتراح عمر على أبي بكر وقد قبل المسلمون ذلك لما فيه مصلحة لهم حفظاً لكتاب الله وكذلك اعتماد عثمان ابن عفان مصحفاً واحداً وحمل الناس على النقل منه وحرق ما عداه وذلك لما فيه مصلحة للمسلمين خيفة من اختلاف النسخ وتجنباً للتحريف. وكذا من الأمثلة على المصلحة المرسلة أيضاً محاربة أبو بكر الصديق لمانعي الزكاة، فهو من قبيل الإباحة لما فيه مصلحة المسلمين، وكذا من الإباحة للمصلحة الجزئية الخاصة ما قضى به عمر رضي الله عنه على محمد بن مسلمة بالسماح لجاره الضحاك بن قيس أن يسوق نهراً في أرض محمد بن مسلمة، لأن النهر ينفع جاره ولا يضرّ محمداً[2].

ومن الأمثلة أيضاً على الإباحة تبعاً لتحقق المصلحة المرسلة ما قرره عمر رضي الله عنه بمشاطرة بيت المال أموال الذين اتهمهم بالإثراء بسبب الولاية.

وكذا ما نقل عن عز الدين عبد السلام أنه قال: «لو عم الحرام في بلدة بحيث لا يوجد فيها حلال جاز أن يستعمل من ذلك ما تدعو إليه الحاجة ولا يقف

(١) محمد أبو زهرة ـ مالك ص/٣٣٩.

(٢) محمد الخضري ـ تاريخ التشريع الإسلامي ص/١٩٦.

تحليل ذلك عند الضرورة، لأنه لو وقف عليها لأدى إلى ضعف العباد ولا نقطع الناس عن الحرف والصنائع والأسباب التي تقوم بمصالح الأنام» هذا والمناسب المرسل الملائم أي المصالح المرسلة إذ اقترنت بمفسدة مساوية أو راجحة عنها فهل تنخرم هذه المصلحة أو لا تنخرم؟ قال الآمدي وأتباعه: تنخرم المناسبة، لأنه لا مناسبة مع معارضة مفسدة مثلها، وهذا ظاهر، مثال ذلك الصلاة في أرض مغصوبة فقد اختلف في إباحتها وصحتها وقال البعض إنها ليست محل نزاع لأن المفسدة نشأت عن فعل آخر غير الذي نشأت عنه المصلحة، فالمصلحة نشأت عن الصلاة والمفسدة نشأت عن الغصب. ودرء المفاسد مقدم في نظر الشريعة على جلب المنفعة، بمعنى أنه لو تعارض مبيح ومحرّم تقدم المحرم. ومن الأمثلة أيضاً على المفسدة التي تعارض المصلحة ولا تصح الإباحة بوجود المفسدة وبيع السفيه ففي هذا البيع فيه تعارض للمصلحة، إذ إن الله سبحانه وتعالى شرع البيع مفيداً تبادل الملك بين البائع والمشتري، لجلب مصلحة هي سد الحاجة، ولكن هنا قد عارضت هذا البيع مفسدة راجحة وهي بيع السفيه المحجور عليه لعقاره مثلاً، ففي هذا البيع لا يفيد المشتري بنقل ملكية المبيع إليه، محافظة على مال السفيه من التبذير، لذا أوجب الشارع ضم رأي القيّم إليه فإذا أجازه جاز البيع وإلّا كان البيع باطلاً[1].

وخلاصة القول في إجراء المصلحة، إنما هي حكم، على هذا يقتضي أن يكون في إعمالها مصالح العباد الضرورية والحاجية والكمالية، وعلى هذا فالأحكام التي وضعها الشارع جميعها معللة بالمصالح، سواء علم الوصول إليها أو لم يعلم بها، إنما استأثر الله وحده بعلمها وهي أحكام تعبدية، وفي جميع الأحوال نجد أن جميع المصالح ترمي إلى تحقيق مقاصد الشريعة.

فمقاصد الشريعة إذن إذ هي لا بد منها لقيام مصالح الدين والدنيا فهي مقاصد ضرورية وهي في الواقع من أصول الشريعة هذه المقاصد الضرورية هي حفظ الدين، والنفس، والنسل، والمال، والعقل.

---

(١) محمد الخضري ـ أصول الفقه ص ٣٠٧.

هذا وإلى جانب هذه المقاصد الضرورية هناك الحاجيات المكملة وهي تلك التي يفتقر إليها من حيث التوسع على عباد الله والأخذ بالتيسير ورفع الحرج والمشقة. وتكون هذه جارية في العبادات والعادات والمعاملات والجنايات.

ففي العبادات مثلاً نلاحظ الرخص فيها للتخفيف عن العبد من لحوق المشقة كالترخيص بالإفطار في رمضان للمسافر أو المريض فهي من الإباحات لطروء علة السفر أو المرض.

وفي العادات كإباحة الصيد والتمتع بالطيبات..

وفي المعاملات كالقراض والسّلم والمساقات:

وفي الجنايات، كفرض الدّيه على العاقلة وتضمين الصناع وغير ذلك. أما الكمالية فهي تشمل محاسن العادات ومكارم الأخلاق، وتكون في العبادات كالطهارات وأخذ الزينة والتقرب إلى الله بالنوافل وفي العادات كآداب الأكل والشرب والابتعاد عن البخل وتجنب الإسراف.

وفي العاملات كبيع النجاسات وفضل الماء والكلأ.

وفي الجنايات كمنع قتل النساء والصبيان في الجهاد.

هذه الأمور مرد القيام بها إلى المحاسن وهي زائدة على أصل المصالح الضرورية والحاجية، بمعنى أن فقدانها لا يخل بالأمور الضرورية ولا الحاجية، إنما جرت على وجه التزيين والتحسين.

كل هذه المراتب في مقاصد الشريعة مكملة لبعضها لبعض، أي مكملة لما هو أقوى منها، فالحاجيات مكملة للضروريات، والكماليات مكملة للحاجيات.

فالشارع إذن راعى في ذلك حفظ الضروريات الخمسة، وأضاف إليها ما يكملها، لتكون أعمال عباد الله المكلفين على أحسن ما يرام، وأعدل ما يكون لتتم لهم السعادة والاطمئنان مثال ذلك حفظ النفس هو من الضروريات وهو أصل كلي، وحفظ المروءات من التحسينات، ففي تحريم النجاسات أو المحرمات إنما

تتم حفاظاً للمروءات، فالمحظور إذن قد ينقلب إلى مباح حماية لأصل كلي كحفظ النفس، فإذا دعت الضرورة لحفظ النفس تناول المحرم كان تناوله أولى، وهو مباح كشرب الخمر بمقدار ما يدفع الهلاك عن النفس، كذلك في المعاوضات ففي الإجارة هي أمر ضروري أو حاجية، فاشتراط حضور العوضين في المعاوضات أمر مكمل، ويتم عادة من غير عسر وهو ممكن؛ لذلك منع بيع المعدوم، إلا في السَّلَم، وكذلك في الإجارات الأصل فيها أنه لا بد من وجود المنافع وحضورها، إذ في هذا ما يسدّ الحاجة من باب التعامل، وبما أن الإجارات تحتاج إليها، جازت تبعاً للمصلحة وإن لم يحضر العوض، أو لم يوجد وكذلك في الاطلاع على العورات بقصد العلاج والجراحة، إنما يتم من باب المصالح المرسلة إذ تطرأ بسببها أحكام الإباحة، فالمصالح المرسلة صالحة في الاعتبار متى كانت ضرورية، وقطعية، وكلية، ففي هذه الحالة جاز التعليل بالحكم بها.

وهذا ما سار عليه عمر رضي الله تعالى عنه في كثير من اجتهاداته فهو الذي أسقط سهم المؤلفة قلوبهم، مع أن القرآن اعتبرهم من المستحقين، كما أسقط الحدّ عن السّارق في عام المجاعة، كما ترك التغريب في الزنا بعد أن لحق أحد المغربين بالروم وتنصر. كما اعتبر الطلاق الثلاث بكلمة واحدة ثلاثة بعد أن كان واحداً في عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر رضي الله عنه، وسنعرض أمثلة عن تغيير ولي الأمر للأحكام فيما بعد، فالمصالح المرسلة إذن يقتضي اعتبارها ما دامت لا تعود على نص بالإبطال وإن أبطلت أو خصصت فلا تعتبر إلا عند الضرورات الكلية المتيقنة[1].

رابعاً ـ سد الذرائع:

الذريعة هي الوسيلة التي يلجأ إليها الإنسان للوصول إلى شيء ما. فإن كانت هذه الوسيلة موصلة إلى مصلحة أخذت حكمها، وإن كانت موصلة إلى مفسدة كذلك أخذت حكمها، وعلى هذا يمنع شرعاً كل وسيلة قد تؤدي عن قصد

(١) محمد الخضري ـ أصول الفقه ص/٣١٦.

أو غير قصد إلى ما هو محظور وهذا قد يسمى في اصطلاح الأصوليين والفقهاء «مبدأ سد الذرائع» ومن أمثلة ذلك، ما نهى عنه الرسول ﷺ من بناء المساجد على القبور سداً لذريعة عبادة الموتى من عظماء الناس وكذلك نهي القرآن عن سب أصنام المشركين كي لا يثار حقدهم، فيسبوا الله تعالى عدواناً قال تعالى: **﴿ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم﴾**[1] وكذلك نهي الرسول ﷺ عن خلوة الرجل بامرأة أجنبية سداً للذريعة ودرءاً للفساد الذي يمكن أن تفضي إليه هذه الخلوة ـ كذا الوصية لوارث منعت سداً لذريعة التفضيل في الإرث. وعلى هذا فسد الذرائع مألوف في الأمور المدنية كبناء المساجد على القبور وفي الأمور المدنية المالية كمنع الوصية لوارث.

هذا وفي سد الذرائع لا عبرة بالنية إنما العبرة بطبيعة الفعل إذا كان يفضي إلى نتيجة يأباها الشرع ولو لم يكن الفاعل قد قصد الفعل، وفي ضوء النتيجة التي تحصل تفتح الذريعة أو تسد، لهذا فقد سلكت الشريعة الإسلامية بأعمال مبدأ سد الذريعة حماية لمقاصدها وحفاظاً على مصالح الناس والمجتمع، من الأضرار والفساد. فمثلاً الزوج الذي يطلق زوجته طلاق الفرار كأن يكون في مرض الموت، أو في حالة يغلب الظن فيها على هلاكه، فإن هذا الطلاق لا يقع وقد أشرف على الموت والهلاك، إذ قصده من هذا الطلاق الفرار من حقها في الميراث، فوجب تفويت ما قصده الزوج لمضارة زوجته، وبالتالي فإعمال مبدأ سد الذريعة هنا فيه مصلحة للزوجة ومنع للفساد.

هذا والذرائع قد يجب فتحها إذا كان فيها مصلحة، وهي الذرائع التي وضعت للمباح، كالنظر إلى وجه المخطوبة والمشهود عليها للتعرف عليها ذلك حسب المصلحة المطلوبة، ففي النظر إلى وجه الأجنبية محظور أصلاً فأبيح لأنه وسيلة إلى تحقيق مصلحة مرجوحة وهي إتمام الزواج، أو وسيلة إلى التمكن من أداء الشهادة.

---

(١) سورة الأنعام، الآية: ١٠٨.

وهكذا نجد أن الوسيلة قد تكون مفضية إلى ما فيه فائدة أو ما فيه مفسدة وفي ضوء ذلك قال القرافي «الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها وتكره وتندب وخلاصة القول: إن الذرائع التي وضعت للمباح قد تفضي إلى مفسدة بيد أن المصلحة فيها أرجح، كالمثال الذي مر معنا في النظر إلى وجه المخطوبة، ووجه المشهود عليها للتعرف عليها هذا النوع جاءت به الشريعة استحباباً وأوجبته حسب درجة المصلحة فيه لهذا أباحته كما أن الذرائع التي وضعت للمباح أيضاً لكن في الحقيقة قصد بها الفاعلون التوصل بها إلى المفسدة كالزواج بالبائنة بينونة كبرى إذا قصد به بالزواج منها تحليلها لزوجها الأول مطلقها. فهذه الزوجة محرم عليها التزوج من زوجها الأول لكنها بعد أن تنقضي عدتها من مطلقها الزوج الثاني الأخير تطرأ الإباحة فيباح لها التزوج من زوجها الأول بعد أن كان محرماً عليها، ففي هذه الصورة نجد أن عقد الزواج الثاني إذ وضع في صورة مباحة فإن القصد منه، أن الزواج الذي كان محظوراً على الزوج الأول من مطلقته البائنة بينونة كبرى أضحى بعد الاحتيال والتغيير، بواقعة زواج البائنة بينونة كبرى من زوج آخر، أصبح هذا الزواج سبباً في طروء الإباحة للزوج من الزواج من مطلقته البائنة بينونة كبرى، بعد انقضاء عدتها من الزواج الثاني، وهكذا تبين لنا أن سدّ الذرائع دليل صحيح مؤيد بالفعل ومعتبر في الشرع والنقل ومعمول به في الاجتهاد[1].

خامساً ـ طروء الإباحة بأسباب أخرى.

هناك أسباب أخرى تطرأ بها الإباحة وهي كثيرة ولا حصر لها في كتب الفقه. رأينا أن نعرض بعض صور منها وهي:

الدين المماطل به: نجد كثيراً من المدينين يماطلون في وفاء الدين فالمدين الذي لا ينكر الدين ولكنه ممتنع عن دفعه عن طريق المماطلة فهل للدائن في هذه الحالة أن يستوفي دينه من أموال المدين المماطل خلسة؟ علماً أن هذا الفعل وهو أخذ المال خلسة محظور أصلاً لكن الفقهاء في مثل هذه الحالة رأوا أن طروء هذا السبب وهو

(١) سد الذرائع في الشريعة الإسلامية محمد هشام البرهاني ص/٣٢٩ وما بعدها.

السبب وهو المماطلة في وفاء الدين مع وجوده عند المدين يخوّل الدائن أن يسترد دينه المماطل بوفائه له إذا وجد مالاً حاضراً أو عروضاً عند المدين بمعنى أن هذا الفعل يضحي مباحاً ديانة لا قضاء سواء كان الأخذ لعين المال أو العروض، وذلك تيسيراً على الناس.

أما إذا ظفر الدائن بجنس المال عند المدين ولم يكن لديه القدرة على مخاصمته لنفوذ المدين أو سطوته أو لإنكاره الدين وانعدام الدليل عند الدائن فقد ذهبت الشافعية والأحناف إلى إباحة الدائن أخذ حقه المأخوذ منه عيناً من جنس ماله ذهباً أو ورقاً لا عروضاً والفتوى اليوم جاز الأخذ من أي مال كان عند الأحناف على ما ذكره ابن عابدين.

ويرى المالكية والحنابلة أنه يباح للدائن ذلك ديانة. ومرد هذه الإباحة عندهم حديث رسول الله ﷺ: أنه لما شكت هند بنت عتبة زوجة أبي سفيان للنبي ﷺ وقالت له:

«إن أبا سفيان شحيح لا يعطيها وولدها ما يكفيها فأفتاها بقوله لها: خذي ما يكفيك أنت وولدك بالمعروف».

وكذلك يدخل في طروء الإباحة إذن العباد بعضهم لبعض في تناول الأموال والأعراض فيما بينهم بالوجوه المشروعة.

وعلى هذا نجد أن الحظر إذا كان هو الأصل في أمر ما فطروء سبب من الأسباب تنقل المحظور إلى الإباحة كما هو وارد في حديث رسول الله ﷺ إذ قال:

«لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة»[1].

نلاحظ هنا أن هذه الأشياء الثلاث إذا طرأت واحدة منها جعلت المحظور مباحاً، فالقتل مثلاً محظور إذ لا يجوز هدر الدم لأن الأصل أنه معصوم فإذا ارتكب

---

(١) رواه الشيخان.

المرء جريمة قتل، أو اقترفت الثيب جريمة الزنا أو ترك المسلم دينه وارتد عنه رفع المحظور في أي حالة من هذه الحالات وانتقل الحظر إلى إباحة دم امرىء مسلم بإحدى هذه الثلاث.

وبهذا ترى أن الإباحة لا يمكن أن تطرأ إلا إذا ورد سبب أقوى من الخطر دفع الخطر وأحلّ الإباحة محله وإلى هذا أشار القرافي في فروقه فقال:

«إن الانتقال من الخطر إلى الإباحة لا بد وأن يكون بسبب قوي في أعلى الرتب بخلاف عكسه، وهو الانتقال من الإباحة إلى الحظر حيث يكفي أيسر الأسباب»[1].

هذا وقد عرض القرافي صوراً عدة عن هذه القاعدة ـ مثال ذلك المرأة الأجنبية لا يزول التحريم في وطئها إلا بالعقد المتوقف على إذنها ووليها عند مالك، وصداق وشهود، وبهذا تكون الإباحة قد تمت بعد العقد على الوجه المذكور، هذه الإباحة يكفي دفعها بطلاق زوجها لها وهذه الواقعة يستقل بها الزوج. وبهذا نجد أنه بالطلاق قد ارتفعت الإباحة وأضحت أجنبية عنه.

هذا وصورة أخرى من صور السبب القوي الذي ينقل به الحظر إلى الإباحة، الحربي الأصل أنه مباح الدم، ولكن نزول إباحته بسبب التأمين، وهو سبب خفيف؛ فهنا انتقل الأمر من المباح إلى الحظر، وإذا حرم دمه بسبب عقد الأمان أضحى محظوراً قتله، فلا يباح إلا بسبب قوي يزيل هذا التحريم وهو بالخروج على المسلمين. أو تحقق القصد لقتل المسلمين حرابة وخروجاً على الإمام العادل.

وكذلك تزول إباحة دمه بعقد الجزية، فيضحى محظوراً قتله، ولا يباح إلا لسبب قوي يزول به هذا المحظور كالتمرد على الإمام. وهذه مخالفة قوية تسبّب زوال الإباحة.

وهكذا نجد في كتب الفقه صوراً عديدة من هذه الصور وهي أسباب قوية تطرأ على الخطر فتنقله إلى الإباحة.

---

(١) الفروق ـ القرافي ج/١ ص/٧٣.

الفصل الثالث

سلطة الحاكم في تغيير الحكم من المحظور إلى المباح

أولاً ـ في أسباب وعوامل التغيير:

الأصل أن السبب في طروء الإباحة يعود إلى نص أو اجتهاد وإذا كان كذلك فهل للإمام أو الحاكم أن يجعل المحظور مباحاً؟

لا شك أن نقل الحكم من محظور إلى مباح أمر معروف في الشريعة الإسلامية، ولكن هذا لا يتعدى الأحكام الظنية فتغيّر هذه الأحكام تبعاً لاختلاف الأزمنة والأمكنة وأعراف الناس ومصالحهم، وقد مر معنا أمثلة على ذلك منها: انقلاب المندوب إلى واجب، كما هو الشأن في النذر عند الشروع فيه، وهذا رأي الفقهاء، وإذا كان الأمر كذلك فهل للحاكم أو ولي السلطة في تغيير الحكم تبعاً لمصالح الناس بما له من حق الإشراف على الناس وتبعاً لمصالح طارئة، أو مفاسد متجددة، فيغير الحكم، طالما أن أحداث الناس وقضاياهم متعددة ومتجددة في الحياة، مما يفرز أقضية حسب ما يحدث من فجور يقتضي إصدار حكم فيها، وهذا الحل منوط بالقاضي خليفة كان أو سلطاناً، أو نائباً أو والياً، ولا عجب في ذلك إذ القضاء جزء من الولاية فهو والحالة هذه مخول بحكم الشريعة سلطة تحقيق الأمن والأمان وذلك بإنشاء حكم تبعاً لما تقتضيه ضرورة درء الفساد ودفع الفوضى وإخماد الفتن والاضطرابات كل ذلك في سبيل حماية مصالح المجتمع، وإلى هذا أشار

القرافي في فروقه فقال: «إن للمكلف نفسه أن ينشىء الوجوب فيما ليس بواجب، كما في النذور الذي تنتقل به الطاعة غير الواجبة إلى الوجوب. . . وجعل الشارع الأسباب قسمين: منها ما قدره في أصل الشريعة؛ ومنها ما وكّل إنشاء سببه إلى المكلف بالنسبة لجميع الأحكام بما فيها المباح، فليكن الحاكم أولى بأن يعطيه الشارع سلطة الإنشاء لضرورة درء الفناء، ودفع الفساد، وإخماد الثائرة، وإبطال الخصومة. . . والدليل على ذلك إجماع الأئمة قاطبة أن حكم الله تعالى ما حكم به الحاكم في مسائل الاجتهاد وأن ذلك الحكم يجب اتباعه على جميع الأئمة ويحرم على كل واحدة نقضه».

ولا عجب في ذلك طالما أن قصد الشريعة دائماً تحقيق المصلحة والسعادة للناس بالعدل والرحمة. وإلى هذا أشار ابن قيم الجوزية حيث يقول: «إن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم والمصالح، وهي عدل كلها ورحمة ومصالح وحكم، وكل مسألة خرجت إلى خلاف ذلك فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل» وقد ساق أمثلة تفيد التخفيف على العباد ورفع المشقة والضرر لتحقيق غاية أسمى ومن هذه الأمثلة:

أن النبي ﷺ نهى عن قطع الأيدي في الغزو كما رواه أبو داود، وذلك خشية أن يترتب على الحد ما هو أشر منه مثل اللحوق بدار الحرب، والانضمام إلى الأعداء ومثال آخر: «أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه. قد أسقط الحدّ بالقطع في عام المجاعة».

فتغيير الحكم إذن من قبل الحاكم أمر تقتضيه الشريعة وفقاً لمقاصدها إذ الحكم قد يختلف باختلاف الزمان وتحقق المصلحة أو حدوث ضرورة لذلك، أو لمعالجة فساد قد يطرأ بحيث لو لم يتغير الحكم لنجم عنه مشقة وضرر.

ويقول ابن عابدين في هذا الخصوص: «كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه لزم معه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة

المبنية على التخفيف ورفع الضرر والفساد ـ لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن أحكام، لهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة»[1].

ويبدو أن أصل جواز تغير الحكم مرده إلى قاعدة شرعية ثابتة وهي أنه: «لا ينكر تغير الأحكام بتبدل الأزمان»[2].

هذا يعني أن الأحكام تتغير بتغير الأزمان وهذا بلا شك يكون في بعض الأحكام الشرعية المبنية على عرف الناس وعاداتهم، فإذا اختلفت العادة على زمان قبله تتغير كيفية العمل بمقتضى الحكم، وأما أصله فلا يتغير مثال ذلك منع النساء من حضور المساجد لصلاة الجماعة في هذا العصر درءاً للفساد وتبعاً لتغير الأزمان إذ الأصل إباحة حضورهن في عصر النبي ﷺ وكذا غلق باب المسجد في غير أوقات الصلاة في زماننا مع أنه مقيد للعبادة وينبغي أن لا يغلق ومع ذلك جوزوا إغلاقه صيانة عن السرقة.

هذا وقد يكون التغيير مبنياً على تغيير أحوال الناس المعبّر عنه بتبدل الزمان. لا على تغير العرف والعادة، كالاختلاف بين الإمام الأعظم وصاحبيه في عدم لزوم تزكية الشهود عنده ما لم يطعن الخصم اكتفاء بظاهر العدالة، بناء على ما كان في زمنه من الصلاح، ولزومها عندهما بناء على تغير أحوال الناس.

وهكذا تجد أن تبدل الحكم تبعاً لهذه القاعدة إما أن يكون تابعاً لتبدل العرف والعادة، أو لتبدل أحوال الناس وهو نوعان:

نوع لم تتبدل حقيقته بل يبقى هو هو لكون المقصود في الحالين واحد. كحصول العلم بحال المبيع في خيار الرؤية، وكذا بعدالة الشهود فالأصل في خيار الرؤية كان عاماً على جميع المبيع بمجرد رؤية غرفة واحدة ليحكم على نوعية البناء ككل بينما يتبدل نوع البناء في عصرنا الحاضر لا يكتفي به إلا بالرؤية العامة

---

(١) ابن عابدين رسائله ج/٢ ص/١٢٥.

(٢) المادة/٢٩/ من مجلة الأحكام العدلية.

لكافة المبيع. وكذا بالنسبة لعدالة الشهود الأصل أنها قائمة ثم تبدل الزمان فلم يعد يكتفى بهذه الكيفية.

ونوع آخر فيه تبدل حقيقي، كما في منع النساء من حضور المساجد لصلاة الجمعة درءاً للفساد. وكذا مثال غلق باب المسجد في غير أوقات الصلاة في زماننا على الرغم من أنه مكان معدّ للعبادة وذلك صيانة عن السرقة.

ففي هذا النوع فيه تبدل حقيقي للحكم يقتضي تغير الحكم فيه استحساناً ويقع في مقابلة القياس ويعمل به إذا كان أقوى من القياس أي بالقياس الجلي وقد ثبت ذلك بالضرورة مخالفاً لحكم القياس.

أما إذا كان الحكم الذي لا يكون مبنياً على العرف والعادة، ولا على تغير أحوال الناس، فلا يعتبر أصلاً، كالظلم مثلاً فهو ممنوع في كل وقت وفي كل حال وهو حكم ثابت لا يتغير أبداً[1].

ثانياً ـ نطاق سلطة الحاكم في تغيير الحكم:

علمنا أن الحاكم أو ولي الأمر يملك تبعاً للمصلحة ودفع المفاسد تغيير الحكم ففي أي نطاق تظهر سلطته في التغيير؟

الواقع أن ولي الأمر تظهر سلطته في التغيير في أمور ثلاث وهي: الواجب، والحرام، والمباح. هذه الأمور الهامة من المنطق أن يقبل العقل التدخل فيها بينما لا يمكن أن يقبل العقل تدخل ولي الأمر في المندوب والمكروه، لأن هذه من الأمور المتعلقة بين العبد وربه في طلب القربة فلا يعقل أن يكون له تصرف فيها، لهذا فلا يتدخل ولي الأمر للتغيير إلى المندوب أو إلى المكروه، وإن كان من سلطته الترشيد فيها أو التبليغ بالإفتاء والتعليم.

فالحاكم إذن أو الخليفة أو الوالي أو القاضي له أن يكلف الناس بشيء أو

(١) محمد خالد الأتاسي ـ شرح المجلة ج/١ ص/٩١ و٩٢.

بتركه، أو برفع التكليف عنهم، بما فيه تحقيق مصالح الناس وحاجاتهم، دون أن يخالف نصاً شرعياً، وهذا من باب السياسة الشرعية التي لا تستغني عنها دولة من الدول في نطاق درء الظلامات وسدّ الخصومات وبهذا فإن نطاق سلطة القاضي ودائرة التغيير لا يجوز أن تتعدى الوجوب والإباحة والتحريم، فهو إذن يملك أن ينقل الحكم إلى ما يقابله فينقل الوجوب إلى الإباحة، أو التحريم، كما ينقل التحريم إلى الإباحة أو الوجوب، وكذا له أن ينقل الإباحة إلى الواجب أو التحريم، كل ذلك ضمن قيد ما لا يأباه الشرع أو يخالفه بنص قاطع أي إن التغيير يكون في نطاق ما هو حكمه ظني مبني على الاجتهاد بمقتضى القرائن والأمارات. وهذه بلا شك هي القابلة للتغيير والتبديل تبعاً للظروف والبيئات والأزمنة والأمكنة والأعراف بمعنى أن يعتبر العلماء أو الحكام إذا كان يتم بالسياسة الشرعية فإنه لا سياسة إلا ما وافق الشرع.

ويقول القرافي في هذا الصدد: «إن حكم الحاكم وإن كان حكماً لله تعالى فإنه لا يتصور فيه الأحكام الخمسة. فإن مقصوده إنما هو سدّ باب الخصومات ودرء الظلامات بل يتصور فيه ما يكون سبباً وهو الوجوب والتحريم والإباحة»[1].

ثالثاً ـ توصيف تغيير ولي الأمر للحكم:

هل يتصف تغيير ولي الأمر للحكم بأنه تشريع؟ لا شك أن ولي الأمر إذ يغير أي حكم كان فإن هذا التغيير يجب أن يكون موافقاً للشريعة الإسلامية، وأن تغييره للحكم لا بد وأن يكون مقيداً بالعرف أو العادة أو بتحقيق مصلحة أو لسدّ الذرائع وما شابه ذلك، بمعنى أن الحاكم يغير الحكم تبعاً لقاعدة «تغير الأحكام بتغير الأزمان» وحكمه حكم المجتهد فيما يجتهد بما لا يناقض الأحكام الشرعية، إذ الأصل أن سلطته تقتضي تنفيذ الحكم الشرعي ـ إذن من باب أولى أن ينشىء حكماً أو إلزاماً على المحكوم عليه وفقاً لما تقتضيه قواعد الشريعة الإسلامية، بالدليل

(١) القرافي ـ الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص/١١.

الراجح، لأن الله سبحانه وتعالى إذ خوله هذه السلطة إنما خوله إياها بمقتضى ما أنزل الله من أحكام قال تعالى: ﴿**إن الحكم إلا لله يقصّ الحق وهو خير الفاصلين**﴾[1].

فحكم الحاكم إذن يقتضي أن يكون من حكم الله قال تعالى: ﴿**ذلكم حكم الله يحكم بينكم والله عليم حكيم**﴾[2] وقوله تعالى: ﴿**ألا له الحكم وهو أسرع الحاسبين**﴾[3] وقوله أيضاً ﴿**الله يحكم لا معقب لحكمه**﴾[4].

فسلطة الحاكم إذن يجب أن تكون على مقتضى ما أنزل الله قال تعالى مخاطباً رسوله ﷺ: ﴿**وأن احكم بينهم بما أنزل الله**﴾[5].

فالواقع أن ولي الأمر منفذ للحكم الشرعي، الذي يصل إليه عن طريق الاجتهاد تبعاً لقواعد الشريعة، فهو إذن ليس بمشرع وإنما هو منفذ لحكم الله، كما أن طاعته كانت بأمر الله قال تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم**﴾[5]

ويقول الإمام ابن تيمية بهذا الخصوص: «الأحكام كلها تلقتها الأمة عن نبيّها لا تحتاج فيها إلى الإمام وإنما الإمام منفذ لما شرعه الرسول[6] وبهذا تجد أن الإمام إذ يتلقى التشريع عن النبي ﷺ تبعاً لما شرعه، ملتمساً في ذلك تحقيق حاجة الناس، والتيسير عليهم؛ فالإمام إذن مرشد للناس في ضوء ما أرساه الرسول ﷺ من قواعد الشرع، وهو مظهر لحكم الله فمن اتبع الرسول ﷺ واجتهد في ظل قواعد الشريعة وإرشاداتها فهو في حقيقة الأمر منفذ لحكم الله، فما يأمر به أو ينهى عنه إنما يتم بأمر الله ونهيه فهو إذن بما يأمر به يوجه خطاب الشارع

---

(١) سورة الأنعام، الآية: ٥٧.

(٢) سورة الممتحنة، الآية: ١٠.

(٣) سورة الأنعام، الآية: ٦٢.

(٤) سورة الرعد، الآية: ٤١.

(٥) سورة النساء، الآية: ٥٩.

(٦) ابن تيمية السياسية الشرعية ص/٧٥.

وبالتالي فهو سبب هذا الخطاب، والحقيقة فإن الآمر والنـاهي هو الله سبحـانه وتعالى وهو الذي أحل وهو الذي حرم ويقول القرافي في هذا الشأن: «إن الحاكم منشيء إلزاماً أو إطلاقاً للمحكوم عليه بحسب ما يظهر له من الدليل الراجح فهو إذا أخبر الناس أخبرهم بما حكم به هو، لأن الله فرض إليه ذلك بما ورثه عن رسول الله ممـا في قوله ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾.

ولا شك أن حكم ولي الأمر على هذا الأساس إذ هو مخول بهذه السلطة من الله فإنشاء الحكم إنما هو بمقتضى ما شرعه الله وأنزله وهذا لا ينافي أن الحاكم هو الله في جميع الأحكام ثابتها ومتغيرها، وفي غير ذلك لا تكن أحكـاماً شرعيـة، معتمدة على الكتاب والسنة والأدلة الشرعية عامة والتي هي مصادر هذه الأحكام الشرعية.

والخلاصة نجد أن حكم ولي الأمر يقتضي أن يكون إنشاؤه على مقتضى ما أنزل الله، وبهذا نجد أمره يحدث وجوباً شرعياً يقتضي وجوب التطبيق كما أن نهيه أيضاً يحدث حرمة شرعية، على أن هذا الحكم في الحقيقة لم يحدث بأمره ونهيه إنما حدث بأمر الله تعالى. تبعـاً لخطاب التكليف من الله سبحـانه وتعـالى بقولـه: ﴿أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم﴾.

كما أن امتثال أمر الحاكم يحدث حكماً يترتب عليه آثار دنيوية كما تترتب آثار أخروية يعود أمرها لله سبحانه وتعالى.

رابعاً ـ مدى سلطة الحاكم في تغيير الأحكام:

لا شك أن سلطة ولي الأمر والحاكم في تغيير الأحكام محدودة بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، بمعنى أنه لا يقبل من أي مسلم كائناً من كان أن يغير الحكم الشرعي الوارد بنصّ قاطع من الله ورسوله له. أو أن يشرع على هواه فيأتي بتشريع ليس من كتاب الله ولا سنة رسوله. إنما سلطته محصورة في نطاق الأحكام الظنية والتي لم يرد فيها نصٌّ قاطع ولا إجماع، وفي هذه الحالة يمكن أن يصل إليها المجتهد بالقرائن والأمارات التي يقبلها الشارع وهذه الأحكام تقبل التغيير تبعاً

لظروف البيئات والأزمنة والأعراف وما شابه ذلك.

والوالي على الرغم من تمتعه بسلطة السيطرة وقوة التنفيذ فهو لا يخرج عن كونه إنساناً كباقي الناس وهو إما أن يكون مجتهداً برأيه أو أنه يرجع إلى المجتهدين فيأخذ الحكم عنهم وهذا أمر مألوف ومقبول.

أما إذا كان مجتهداً في الحكم برأيه فهو في هذه الحالة لا يسوغ له أن يتعدى باجتهاده النصوص القاطعة أو الإجماع، بل يهدف في تغيير الأحكام مراعاة تحقيق المصالح، ودرء المفاسد، فمثلاً، إذا كان الحكم الظني واجباً فيمكنه التغيير إلى مباح أو ممنوع بقيد تغير السبب الذي يقتضي الوجوب بمعنى أن يتغير السبب الذي يقتضي الوجوب إلى سبب آخر يقتضي الإباحة أو المنع.

فالحاكم إذن يرى أن الحكم الشرعي القائم فيه الوجوب الظني بوصفه بالإباحة أو الحرمة، وبهذا فإن سلطته في التغيير لا تكون إلا في حكم ظني.

هذا وإن الحكم الظني عندما يوصف بالوجوب، يكون مقترناً بصفة تقتضي هذا الوجوب، وحين يوصف بالإباحة يكون قد اشتمل على صفة تقتضي هذه الإباحة، وكذلك في التحريم، فحين يتصف بالتحريم فإن صفته اقتضت أن يكون الفعل محرماً، وعلى هذا نجد أن اختلاف الصفة في الحكم توجب اختلافه. وعلى هذا نجد أن التغيير لا يكون إلا في حكم ظني إلا إذا كان الحكم الطارىء مخالفاً للأول في وجهة نظر الحاكم فيختلف في هذه الحالة الحكم كما هو الشأن في حكم توزيع الغنائم بين المهاجرين والأنصار في عهدي أبي بكر وعمر ففي آية الغنائم جاءت عامة لم تفرق بين مهاجر وأنصاري في الاستحقاق ولم تميز أحدهما عن الآخر ومن هذه الآية فهم أبو بكر أن قسمة الغنائم تكون بالتساوي بين المهاجرين والأنصار بينما رأى عمر أن يكون نصيب المهاجر أكثر من نصيب الأنصاري وقال: أتجعل من ترك دياره وأمواله مهاجراً إلى النبي كمن دخل في الإسلام كرهاً فحكم أبو بكر في خلافته بما رآه من المساواة ونزل عمر على حكم الخليفة أبي بكر طاعة لولي الأمر. فلما أعطي السلطان بخلافته عمل برأيه في

التفاضل بين المهاجرين والأنصار في قسمة الغنائم وكان بهذا مخالفاً لما كان عليه الحكم عند سلفه وعلى هذا فولي الأمر إذا قيّد أمراً مباحاً وحكم فيه بالمنع تبعاً لما توجبه المصلحة فقد أزال بقيده هذا الإباحة، وبالتالي لم يعد الفعل مباحاً، ومع ذلك فإن سلطة ولي الأمر في حكم ما، مشتركة بينه وبين غيره من المجتهدين، فإذا كان المجتهد لا يعدو قوله في حكم ما حد الافتاء والتعليم، فإن ولي الأمر يعطي للحكم في مسألة ما سلطة الوجوب، فهو أقوى من المجتهد، لأنه في حكمه يتضمن صفتين، صفة الإفتاء من جهة وصفة الإلزام بسلطته التنفيذية من جهة أخرى، وعلى هذا نجد أن حكم ولي الأمر لا ينقض إلا إذا خالف النص القاطع وإلى هذا أشار الآمدي فقال: «إتفقوا على أن حكم الحاكم لا يجوز نقضه في المسائل الاجتهادية لمصلحة الحكم إلا إذا كان مخالفاً لدليل قاطع»[٢] هذا وفي جميع الأحوال نجد أن حكم الحاكم في المسائل الاجتهادية إما أن يكون اجتهاداً منه، أو أنه أخذه عن بعض المجتهدين فهو في هذه الحالة يتصف بصفة الاجتهاد، وهو بالتالي من قبيل الفتوى، فهو إذن غير ملزم، وللغير نقض هذا الاجتهاد بفتوى مخالفة لها كل هذا إذا لم يأمر الحاكم باتباع هذا الحكم، أما إذا أمر باتباعه فقد أصبح حكمه ملزماً ووجب طاعته بأمر الشارع الذي ينص على طاعة ولي الأمر[٣].

ويقول القرافي في الفروق: «إذا حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف، ويرجع المخالف عن مذهبه لمذهب الحاكم، وتتغير فتياه بعد الحكم عما كانت عليه على القول الصحيح من مذاهب العلماء».

ونخلص من هذا أن الحاكم أو ولي الأمر إذا لم يكن في حكمه مجتهداً أو أخذ برأي المجتهدين، فكل ما يراه من تغيير أو تبديل في الأحكام حتى في الأحكام الظنية فليس من حقه هذا إذا كان مخالفاً لحكم الله، وبالتالي فلا يعتد بتغييره في

---

(١) ابن نجيم ـ الأشباه والنظائر ج/١ ص/١٥٨.
(٢) سيف الدين الآمدي ـ الاحكام في أصول الأحكام ج/٤ ص/٢٧٣.
(٣) بتصرف عن أحمد بن إدريس القرافي ـ الإحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام ص/٥٥.

نطاق الفقه والشريعة لأن الأصل في التغيير أن يكون معتمداً على الاجتهاد من ذوي الاجتهاد، وعلى هذا فإذا أقدم الحاكم على التغيير أو التبديل لحكم ما، ودعا الناس إلى اعتبار ذلك تشريعاً فليس لأحد الأخذ بما رآه إلاّ إذا أمر به على وجه الإلزام ظلماً ففي هذه الحالة لا يسع الناس عدم امتثال أمر ولي الأمر حتى في معصيته إذا ترتب على مخالفة أمره ضرر فادح أكبر، وتكون طاعة العباد في هذه الحالة من قبيل دفع الشرّ عن أنفسهم والابتعاد عن بطشه وظلمه، وإلى هذا أشار القرافي بهذا الخصوص فقال: «إذا أمر الحكام بمعروف ونهوا عن منكر. . فلمن لا يعتقد ذلك أن لا يفعل مثل فعلهم إلا أن يدعوه الإمام للإنكار، وتكون مخالفته شقاقاً فتجب الطاعة لذلك. .».

وهكذا يتبين لنا أن الحاكم إذ يبدل الحكم أو يغيره ويأمر باتباعه، فهو بذلك قد ينقلب الحكم بأمره من المباح إلى واجب أو محرم، إذا رأى ذلك وكان مجتهداً فيما أمر به، أو منفذاً لاجتهاد آخرين استساغوا هذا التغيير. وكذلك العكس قد ينقلب الواجب أو الحرام إلى مباح، ويقول ابن نجيم في شرح قاعدة: تصرف الإمام علي الرعية منوط بالمصلحة: إذا كان فعل الإمام مبنياً على المصلحة فيما يتعلق بالأمور العامة لم ينفذ أمره شرعاً إلا إذا وافقه، فإن خالفه لم ينفذ وقال قاضي خان في فتاواه من كتاب الوقف: ولو أن سلطاناً أذن لقوم أن يجعلوا أرضاً من أراضي البلدة حوانيت موقوفة على المسجد أو أمرهم أن يزيدوا في مسجدهم، قالوا إن كانت البلدة فتحت عنوة، وذلك لا يضر بالمار والناس ينفذ أمر السلطان فيها، وإن كانت البلدة فتحت صلحاً تبقى على ملك ملاكها، فلا ينفذ أمر السلطان فيها (أ هـ)[٣].

---

(١) أحمد بن إدريس القرافي ـ الفروق ج/٢ ص/١٠٣.

(٢) أحمد بن إدريس القرافي ـ الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص/٥١.

(٣) زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن النجيم ـ الأشباه والنظائر ص/١٣٨.

خامساً ـ طاعة ولي الأمر في المعروف وتغييره الأحكام:

هذا ومن الملاحظ أن تغيير ولي الأمر للأحكام من المباح إلى الممنوع أو الواجب أو المحرم، هل يدخل في شمول طاعته في المعروف؟

ولا شك أن هناك فرقاً، ذلك أن طاعة ولي الأمر في المعروف واجب بحكم كونه أميراً، وقد أمر الله بطاعته وعدم الخروج عليه أو على أوامره بصرف النظر عن كونه مجتهداً أو معتمداً على اجتهادات أهل الفقه، ما دام ما يأمر به ليس بمعصية، ولا يأمر بما حرم الله فعله، كما لا يلزمنا بما نهى الله عنه، وقد روي عن علي عن رسول الله ﷺ أنه قال «لا طاعة لبشر في معصية الله» وروى أحمد والشيخان وأبو داود والنسائي عن علي قال: «بعث رسول الله سرية واستعمل عليهم رجلاً من الأنصار فأمرهم أن يسمعوا له ويطيعوه فأغضبوه في شيء فقال اجمعوا لي حطباً ثم أوقد النار وأمرهم بالدخول فيها فامتنعوا ثم ذهبوا إلى رسول الله وأخبروه فقال: لو دخلوها ما خروجوا منها، إنما الطاعة في المعروف»(١) بمعنى أنه يشترط لطاعة ولي الأمر أن لا يكون بمعصية، ولا شك أن الطاعة تعني الطاعة بمباح كما يتناول الطاعة في المسائل الاجتهادية، ذلك أن الطاعة في المباح أمراً ونهياً ليس فيه أي معصية متيقنة، لهذا وجبت طاعة ولي الأمر فيما يأمر فيه بفعله أو تركه هذا في المباح فمن باب أولى وجوب طاعته في غير ذلك مما ليس فيه معصية حتى لو أمر بصوم يوم وجب صومه شرعاً(٢).

أما في غير ذلك فيدخل في باب السياسة الشرعية طالما يرى الإمام فيه مصلحة للحكم ومصلحة للناس.

وعلى هذا فولي الأمر إذا ألزم الناس بمباح فيه مصلحة عامة للمجتمع، أو نهي عن ضرر مباح فيه ضرر عام، فوجب في هذه الحالة امتثال أوامره ونواهيه ظاهراً أو باطناً، إذ أمره يعتبر هنا وجوباً شرعياً يقتضي تنفيذه، طالما أنه مرتبط

---

(١) شهاب الدين الألوسي ـ روح المعاني ج/٥ ص/٦٦.

(٢) ابن عابدين رد المحتار ج/٤ ص/٣٤٤.

بالمصلحة العامة، ويبدو أن المعيار هو تحقق المصلحة العامة لهذا رأى الفقهاء أنه إذا أمر ولي الأمر بفعل مباح، أو تركه. ولم يكن في هذا الأمر مصلحة في فعله كما ولا يكون في الامتناع عن فعله دفع مضرة، ففي هذه الحالة وجبت الطاعة ظاهراً فقط.

أما في تغيير الأحكام من قبل ولي الأمر، فإن هذا لا يقتصر على المعروف بل يجري على وجوب طاعته ـ باعتبار له سلطان الولاية ـ والأخذ بحكمه إذ يجب نزول الناس عامة على حكمه، طالما الهدف أن يجمع الناس على رأي واحد، دفعاً للخلاف والفتن، وفي هذه طاعة واجبة، ومن خالفه كان آثماً.

وعلى هذا أمر الاجتهاد الإسلامي أنه: «لولي الأمر العام من خليفة أو سواه أن يحد من شمول بعض الأحكام الشرعية وتطبيقها، أو يأمر بالعمل بقول ضعيف مرجوح إذا اقتضت المصلحة الزمنية ذلك، فيصح وهو الراجح الذي يجب العمل به، وبذلك صرح فقهاؤنا، وفقاً لقاعدة «المصالح المرسلة» وقاعدة «تبدل الأحكام بتبدل الأزمان»[1].

ونصوص الفقهاء في مختلف الأبواب تفيد أن السلطان إذا أمر بأمر في موضوع اجتهادي «أي قابل للاجتهاد غير مصادم للنصوص القطعية في الشريعة» كان أمره واجب الاحترام، والتنفيذ شرعاً. فلو منع بعض العقود لمصلحة طارئة واجبة الرعاية، وقد كانت تلك العقود جائزة نافذة شرعاً، فإنها تصبح بمقتضى منعه باطلة أو موقوفة على حسب الأمر[2].

ولا شك أن هذا يدلنا على مدى استيعاب الفقه لمصالح الناس في مختلف الأزمان.

أمثلة على تغيير ولي الأمر للأحكام.

تبين لنا مما تقدم أن ولي الأمر يملك تغيير الحكم تبعاً لقاعدة تحقق المصلحة،

---

(١) مصطفى الزرقاء ـ المدخل الفقهي العام ص/١٩١.
(٢) ابن عابدين رد المحتار ج/١ ص/٥٥.

أو ما يقتضيه العدل ومصلحة الأمة، وفي جميع الأحوال، يقتضي أن لا يكون التغيير مخالفاً للكتاب والسنة، أو أن يكون التغيير متفقاً مع القياس والسنة، مما يقتضي عندئذٍ وجوب طاعة ولي الأمر فيما يدعو إليه من تغيير المباح أو تغيير الحكم إلى غيره، ولا عجب في هذا، إذ إن كتب الفقه مليئة بأحكام كثيرة، فيها تغيير، على ما رآه ولاة الأمور من المجتهدين ومع ذلك قد تختلف وجهات النظر في بعض الجزئيات، مما يمكن اعتباره اختلافاً في التطبيق لا تغييراً للحكم، لهذا يجدر بنا والحالة هذه أن نعرض بعض الوقائع في تغيير الأحكام.

١ ـ في تقييد المباح:

من المسلم به أن شراء اللحوم وأكلها أمر مباح عملاً بقوله تعالى: **﴿كلوا من طيبات ما رزقناكم واشكروا الله﴾**(١).

وقوله تعالى: **﴿أحلت لكم بهيمة الأنعام﴾**(٢).

نلاحظ من هذين النصين أن الإباحة مطلقة دون أي قيد لا في الزمان ولا في المكان وهذا ما كان عليه المسلمون من الإباحة في الخصوص المذكور منذ عهد رسول الله ﷺ وفي عهد الخليفة عمر بن الخطاب رأى تبعاً للظروف الحاجية أن يضع قيداً على حرية شراء اللحم تبعاً لمصلحة الأمة فمنع أكل اللحم يومين متتاليين، وذلك لقلة اللحوم إذ لم تكن لتكفي حاجة جميع الناس، فكان يأتي إلى مجزرة الزبير بن العوام بالبقيع وهي الوحيدة في ذلك الحين، فإذا رأى رجلاً اشترى لحماً يومين متتابعين ضربه بالدرة، وقال: «هلا طويت بطنك يومين»(٣).

هذا التصرف من عمر بن الخطاب كان تغييراً في الحكم، إذ اجتهد بحظر شراء اللحم يومين متتاليين ليفسح المجال لتوسيع دائرة تناول الناس للحم وتمكينهم منه .

(١) سورة البقرة، الآية: ١٧٢.

(٢) سورة المائدة، الآية: ١.

(٣) أبو الفرج الجوزي ـ عمر بن الخطاب ص/٦٨.

٢ ـ في منع الزواج من الكتابيات سداً للذرائع:

الأصل أن الزواج من الكتابيات مباح لأي شخص كان لأن النهي شمل نكاح المشركات فقط، بمعنى أنه لا حظر على نكاح الكتابيات، ومع ذلك فقد رأى عمر بن الخطاب في خلافته منع كبار الصحابة من تزوج الكتابيات، وقال: «أنا لا أحرمه ولكني أخشى الإعراض عن الزواج بالمسلمات، ففي هذه الحالة رأى ولي الأمر تبعاً للمصلحة منعه وعلى هذا فقد فرق عمر بن الخطاب بين كل من الصحابي طلحة وزوجته، والصحابي حذيفة وزوجته، وقد التزم الصحابيان بأمره وهما من أهل الاجتهاد.

٣ ـ الخروج عن المحظور لما تقتضيه السياسة الشرعية:

يرى الفقهاء أنه للإمام قتل السارق سياسة لسعيه في الأرض بالفساد، كما أجازوا ضرب السارق بالسّوط إذا أنكر، حتى يقر، وعن الحسن يحل ضرب السارق حتى يقر، وقد جوّز الفقهاء ذلك تبعاً للسياسة الشرعية ويبدو أن هذا الحكم يخالف الأصل وهو قطع اليد، فإن تكررت السرقة قطعت رجله اليسرى، وإن كرر السارق بعد ذلك حبّس وعزر حتى يتوب[١].

وفي هذه الأحكام السابقة نجد أنها تغاير الأصل وهو أن المتهم بريء حتى يدان، فإن الضرب إذن يتنافى مع قاعدة أن الأصل البراءة إذ لا يجوز أن يضرب البريء لمجرد التهمة، كما أن الشك يفسر لصالح المتهم، كما وأن الحدود تدرأ بالشبهات، لهذا تسقط الحدود تحايلاً تبعاً للشبهة، ويبدو أن مرد ذلك هو المصلحة ولا عجب في ذلك إذ المصلحة وصف للفعل يحصل به الصلاح أي النفع منه دائماً، أو غالباً للجمهور أو الآحاد[٢].

٤ ـ تغيير الوصف يقتضي حكماً يناسبه:

جعل الله سبحانه وتعالى للمؤلفة قلوبهم نصيباً وهو سهم واحد من مصارف

---

(١) تفسير القرطبي ج/٣ ص/٦٨.

(٢) محمد الطاهر بن عاشور ـ مقاصد الشريعة ص/٦٦.

الصدقات بقوله: ﴿إنما الصدقات للفقراء، والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم﴾(1).

هذا النص طبقه الرسول ﷺ على بعض من رأى تأليف قلوبهم للإسلام. وقد أراد أبو بكر أن يتبع الرسول ﷺ فيما طبقه، ولكن عمر بن الخطاب اعترض على ما همّ به أبو بكر من إعطاء بعض هؤلاء الذين كانوا يتألفون للإسلام. وقال: «إن الله عز وجلّ أعزّ الإسلام وأغناه عنكم فامتنع أبو بكر وعدل عن إعطائهم؛ هذا العدول من أبي بكر اقتضاه تغيير الوصف، وتغيير الوصف هذا يقتضي حكماً جديداً يناسبه، كل هذا تبعاً للمصلحة».

٥ ـ تبدل الحكم تبعاً لتبدل حال الناس:

كان الطلاق الثلاث بلفظة واحدة في عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر يقع طلقة واحدة، ويجوز في هذه الحالة للزوج المطلق بهذا التوصيف مراجعة زوجته، ولكن عمر بعدئذٍ جعل الطلاق الثلاث بكلمة واحدة يقع ثلاثاً، بمعنى أنه بدّل الحكم الأول لتبدل حال الناس واستعجالهم في أمر كان لهم فيه أناة، ولما كان استعجالهم هذا بدافع الاستخفاف بالمرأة لهذا شدد عليهم لما فيه مصلحة في هذا التشديد، وبهذا حال ما كان أباحه الشارع من مراجعة الزوج لزوجته في طلاق الثلاث بلفظة واحدة إذ كان طلاقاً رجعياً، فالرجعة، إذ هي من المباحات، فهي ليست بواجبة، وعمر لم ينه عن واجب إنما نهى عن مباح تحقيقاً للمصلحة وعقاباً لمن يستخف بعصمة النكاح، وهذا من حق الإمام، إذ له أن يسلب عن السبب الوصفي الحكم المترتب عليه لمصلحة يراها. فكان نهيه عن الرجعة جعل حكمها لا يترتب على الطلاق الذي يقتضي تطبيق حكمها ذلك أن الطلاق الثلاث بلفظة واحدة اعتبرها عمر طلاقاً بائناً وبالتالي حال دون مراجعة الزوج لامرأته.

---

(1) سورة التوبة، الآية: ٦٠.

٦ ـ نقل المباح إلى المحظور والعكس دفعاً للاختلاف:

نزل القرآن في عهد الرسول منجماً وقد وعى المسلمون أحكامه كما وحفظوه في الصدور، وقد كتب كتّاب الوحي مجموعات منه يكمل بعضها بعضاً وكانت غير متداولة، ولكنه بعد أن استمر القتال في الغزوات وقتل عدد من القراء وخاصة في معركة اليمامة. أشار عمر بن الخطاب على الخليفة أبي بكر بجمع القرآن، لكن أبا بكر كان يرى هذا محظوراً لذلك ردّ المشورة لأن الرسول ﷺ لم يفعله، كما لم يأمر به، لكن عمر كان يكرر مراجعته لأبي بكر ويقول له «هو والله خير» وظل كذلك حتى شرح صدره لهذا الطلب. فأمر عندئذ بجمع القرآن فجمعت المتفرقات منه، ورتبت وروجعت على الحفظة. وهكذا تم جمع القرآن، هذه الواقعة التي تمت في عهد أبي بكر وهي جمع القرآن مدوناً، كان أبو بكر يراه ممنوعاً إلى أن أقنعه عمر بأنه خير فأمر بجمعه وامتثل الصحابة لأمره فنفذوه؛ في هذه الواقعة نجد أن الحكم نقل من المحظور إلى المباح، تبعاً للمصلحة التي فيها صلاح الأمة[1].

كما أننا نجد أنه في عهد عثمان بن عفان جاءه حذيفة بن اليمان[2] في غزوة بمعركة فتوح أرمينية أذربيجان وقد اجتمع جنود الشام وجنود العراق وكان الجنود في فترات توقف القتال يتذاكرون القرآن، وقد لاحظ حذيفة اختلافهم في القرآن، إذ سمع منهم ما ذعره، فقدم على الخليفة وقال يا أمير المؤمنين أدرك الناس فقال عثمان: وما ذاك؟ فقال: إن أهل الشام يقرؤون وفق ما حفظوه من مصحف أبيّ بن كعب، في حين حفظ العراقيون من مصحف عبد الله بن مسعود، وادعى كل فريق أن قراءته هي الأصح ورمى الفريق الآخر بالكفر حتى كاد يكون بينهم فتنة، وإني لأخشى مغبة ذلك، فأمر عثمان الصحابة بأن يجتمعوا ويكتبوا للناس مصحفاً إماماً فتم لهم ذلك وأمر ما سواه من القرآن وكل صحيفة أو مصحف أن يحرق، بينما كان الناس يقرؤونه على سبعة أحرف، وكان ذلك مباحاً لهم، وهو من باب التيسير بما يتفق مع لهجات الناس المختلفة تجنباً للمشقة، ولكن عندما رأى عثمان أن

---

(١) انظر البخاري ج/٦ ص/١٨٣.

(٢) ولد في المدينة وشهد أحداً والخندق وتوفي في المدينة عام ٣٦ هجرية.

اختلاف الناس في قراءاتهم للقرآن سيؤدي إلى فتن، فحظر عندئذٍ ما كان مباحاً. عندما رأى المصلحة في رفع الاختلاف وإتلاف ما عدا المصحف الإمام، حتى لا ينتشر الخلاف بين المسلمين، وقد دافع الإمام علي عن تصرف عثمان لما نقم عليه بعض المخالفين فقال: «لا تقولوا فيه إلا خيراً، فوالله ما فعل الذي فعله في المصاحف إلّا على ملأ منا وموافقتنا، ولو لم يصنعه هو وكان لي الأمر لصنعته»[1].

وهكذا نجد في هذه الواقعة أن للحاكم العادل سلطته في التغيير بما لا يوجب اتباعه، وعدم مخالفته طاعة له، كل ذلك بما ليس فيه معصية.

٧ ـ تغيير الاجتهاد لجلب مصلحة أو درء مفسدة:

لولي الأمر أن يغير الاجتهاد السابق إذا رأى في ذلك مصلحة الأمة ومثاله: أن المسلمين في عهد عمر لما فتحوا أرض العراق عنوة طلب الغزاة قسمتها فيما بينهم، فرفض عمر ذلك وأقر أهل العراق على أراضيهم وفرض عليهم الخراج، بينما ان رسول الله ﷺ كان قد قسم خيبر؛ لكن نظرة عمر في عدم التقسيم ترجع إلى أنه رأى مصلحة الثغور والذراري فيما رآه، ولا شك أن هذه مسألة اجتهادية تعود إلى ولي الأمر تبعاً لما يراه في مصلحة الأمة، ومع ذلك فإن الحكم في عهد رسول الله يختلف عنه في عهد عمر. إذ ما كان يخشاه عمر في عهده غير متوقع في عهد النبي ﷺ.

لهذا فرأي عمر لا يغير في حقيقة الأمر تغييراً أساسياً في حكم شرعي إنما اختلاف حكمه عن حكم رسول الله ﷺ، إنما يرجع إلى اختلاف في الجزئين باختلاف الزمنين فضلاً عن أنه ليس فيه نص قطعي، فهو بالتالي مجال للنظر.

إذ ما فعله رسول الله ﷺ في هذه الصورة، يمكن أن يكون في نظر المجتهد ليس بقاعدة عامة وليس بحكم كلي فهو رأي اجتهادي قد يتغير بتغير الحاكم وظروف الحكم.

---

(١) أبو بكر السجستاني ـ المصاحف ص/١٤ ـ ٢١ ـ ٢٣.

٨ ـ تغيير الحكم لدرء الحد بالشبهة:

لم يقطع عمر يد السارق أو السارقة في عام المجاعة المسماة بعام الرمادة[١] لأنه رأى أن السرقة في هذا العام كانت للحاجة وهي حفظ الحياة، وحفظ الحياة مقدم على حفظ المال فضلاً عن الأصل إن الحدود تدرأ بالشبهات، ولما كانت المجاعة تفتك بأرواح الناس، فهي والحالة هذه شبهة أقوى بكثير من غيرها التي اعتبرها الفقهاء شبهة، ومع ذلك فإن عمر قد سلك في مسلكه هذا مسلك الرسول ﷺ، إذ إنه على الرغم من أن حد السرقة صريحة بقطع يد السارق والسارقة دون قيد فقد نهى عن قطع يد السارق أثناء الغزو.

ولا شك أن عمر في حكمه هذا قد اتجه نحو التيسير إذ من المصلحة مراعاتها.

٩ ـ تدخل ولي الأمر لمنع التعسف باستعمال الحق:

لولي الأمر الحاكم أن يحول دون التعسف باستعمال الحق تحقيقاً للمصلحة مثال ذلك أن يردع المعتدين في الطلاق الذين يطلقونه دون مبرر شرعي له، وكذا أن يحول دون تعدد الزوجات إلا لضرورة تقتضي هذا التعدد، بمعنى أن الحاكم يتدخل للحد من استعمال حق الزوج في هذا الخصوص إذا لم تكن هناك ضرورة ملحة فالحاكم إذ يتدخل في تنظيم الزواج فله أيضاً أن يحدّ من فوضى الطلاق بقيود تحد منه، كرجوع المطلق إليه قبل إيقاع الطلاق ومع ذلك فالمتزوج إذا تزوج أو طلق دون الرجوع إليه، فإن التصرف يكون صحيحاً يأخذ حكمه وأثره الشرعي ولكن يترتب على التصرف عقوبة مخالفة الحاكم. ولعل مرد هذه القيود يرجع إلى تحقيق مصلحة الأمة وصيانة المجتمع من فوضى الزواج والطلاق. أو الاضطرابات

---

(١) سمي هذا العام بالرمادة لأن الريح كانت تسفي تراباً كالرماد وكانت هذه السنة مهلكة فسميت بعام الرمادة المهلكة. وكان ذلك في عام ١٨ هجرية حيث حصل في المدينة والحجاز قحط كبير دام تسعة أشهر وقد هلك فيها ناس كثيرون.

الاجتماعية والصحية. . وهذا هو الحكم المتبع في العصر الحاضر في بعض الأقطار العربية.

١٠ ـ تغيير الحدّ تبعاً لطروء ظاهرة جديدة:

كان حد شرب الخمر في عهد رسول الله ﷺ حداً معيناً وهو التعزير ولما كان عهد أبي بكر الصديق رضي الله عنه رأى من المصلحة جعل حد الشارب للخمر أربعين جلدة ولما كان عهد عثمان وتتابع الناس زاد حد الشرب إلى ثمانين جلدة وذلك بعد أن استشار الصحابة فقال له علي: «من سكر هذى، ومن هذى افترى، فأرى عليه حدّ المفتري». في هذا المثال تجد أن الدافع لوضع الحدّ لشارب الخمر ثم تغييره وزيادته تبعاً لطرؤ ظاهرة جديدة وهي إقبال بعض المسلمين على شرب الخمر وتتابعهم فيه، إنما الدافع له هو المصلحة التي ترمي إلى جلب المنافع ودفع المفاسد(١).

ففي عهد أبي بكر لم يبن حكمه بحد شارب الخمر على إجماع من الصحابة بينما نجد أن عثمان على الرغم أنه استشار الصحابة فإنه قد احتاط للمصلحة فأعطى الشرب الذي هو مظنّة القذف، حكم القذف نفسه، وهي رعاية للمصلحة.

١١ ـ تبدل الأحكام رعاية للمصلحة تبعاً لتبدل الأزمان:

كان المسلمون في عهد أبي بكر رضي الله عنه منشغلين في الحروب الأمر الذي لا يتطلب أي خلاف وخاصة في شأن خليفتهم وذلك رعاية لمصلحة المسلمين الذين يخوضون حروب الفتوحات، لهذا رأى أبو بكر رضي الله عنه أن يتجاوز أمر اختيار الخليفة بالشورى إذ لم يدع لهم أمر اختيار خليفتهم، لما قد يستتبع هذا الاختيار تفرق الكلمة وإثارة الفتن والاضطرابات، التي قد تؤدي إلى الهزيمة أمام أعدائهم، لهذا رأى أن يستخلف عليهم عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وقد وافق عمر أبا بكر على ذلك على الرغم من أن أمر المسلمين قد استقر في آخر عهد أبي بكر. وأضحت المصلحة في أن يختار المسلمون أنفسهم خليفة فيهم على أن

---

(١) إبراهيم الشاطبي ـ الاعتصام ج/٢ ص/٢٨٧ ـ ٢٨٨.

عمر نفسه لم يشأ أن يستخلف أحداً على المسلمين على الرغم من موافقته حكم أبي بكر عندما استخلفه عليهم، والملاحظ في هذين التصرفين أن كل خليفة تصرف بما استوجبت رعاية المسلمين على عهده في أمر هام من أخطر أمور المسلمين دقة ورعاية. علماً أنه لم يرجع أحدهما في حكمه إلى إجماع أو قياس، بل اكتفى كل واحد منهما بما توجبه المصلحة وما تتطلبه لرعاية أمور المسلمين على الرغم من بعد المسافة واختلاف الزمن وانفساحه بين الإجراءين.

١٢ - إنشاء حكم جديد رعاية للمصلحة:

لم يكن ضمان الصناع معروفاً في الصدر الأول للعهد الإسلامي، إذ كان الصناع لا يضمنون تلف ما يصنعون إذا ادعوا ذلك، على أن علي رضي الله عنه عندما رأى أن الناس بحاجة ضرورية ماسة لما يصنعه الصناع، ولا يمكن أن يستغنوا عن صناعتهم. وبما أن من طبيعة عمل الصناع أن يبعدوا ما يصنعون عن أعين أصحابها، فضلاً عن أنهم لا يحتاطوا في حفظ ما يصنعون لذلك فقد رأى علي بتضمين الصناع ما يدعون تلفه من الأمتعة التي يصنعونها إلا إذا أقاموا الدليل على أن التلف كان بسبب خارج عنهم وقال رضي الله عنه: لا يصلح الناس إلا ذاك، هذا الحكم الجديد وهو ضامن الصناع الذي أنشأه علي رضي الله عنه إنما شرعه رعاية للمصلحة وحدها، حيث لا نص، ولا نظير يقاس عليه، ولا إجماع. . ولعل الصحابة قد قبلوا هذا الحكم الجديد بعد أن استبانوا وجه المصلحة فيه باعتبار أن المصلحة عندهم هي الأصل في الشريعة الإسلامية لأن نصوص القرآن ذاتها ترعى المصلحة.

الخاتمة

وهكذا يتبين لنا أن الشريعة الإسلامية إنما هي شريعة عامة ودائمة وهي صالحة لكل أمة في كل زمن ومكان حتى تقوم الساعة، وهي صالحة مع تجدد الحياة وتطورها، ومرد ذلك أن الشريعة الإسلامية فيها ما يكفل حل جميع المشاكل في الحياة على اختلاف أنواعها ومن هذا المنطلق نجد أن الصحابة والمجتهدين لم يقفوا في رعاية المصلحة جامدين بل استقبلوا كل الأحداث التي جدّت واحتاجت إلى حكم بعد عهد الرسول ﷺ بل وشرعوا الأحكام بما يكفل مصالح الناس، باعتبارهم يعلمون أن النصوص لا يمكن أن ترد على جميع المصالح، كما أن بعض المصالح قد لا يكون لها نظير يقاس عليه فيعطي حكمه، كما لم يشترطوا الإجماع، إذ قد لا يكون هذا متيسراً دائماً إزاء هذا، وإزاء أنهم كانوا حريصين على التيسير ورفع المشقة، لهذا رأوا أن خير ما يحقق المنفعة ويدفع المشقة هي المصلحة لهذا كانوا يرعون المصلحة. ويعتبرونها مجالاً خصباً يصلح لمواجهة مطالب الاحياء في كل بيئة، وكل زمن وهذه الغاية هي من مقاصد الشريعة وأهدافها.

هذا وحقيقة الأمر أن المصلحة لا تحد بجنس أو بغرض معين فهي يمكن أن تتصف بما يلي:

١ - إنها لا تتحقق بهوى أو شهوة أو غرض شخصي إنما هدفها المحافظة على مقصود الشرع.

٢ - إنها ترمي إلى جلب المنفعة أو دفع المفسدة.

٣ - إنها تضمن حفظ الأصول الخمسة للشريعة الإسلامية وهي الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال، لهذا فالمصلحة تكون دائماً واجبة الرعاية بطبيعتها تبعاً لما انتهجه القرآن والسنة والإجماع والقياس من طريقة في تحقيق هذه الرعاية.

وهكذا نجد أنه في ضوء ما تقدم وعندما ينتقل المحظور إلى الإباحة بحكم ولي الأمر أو عندما يقيّد الحاكم المباح أو يقرر الخروج عن المحظور، أو يغير الوصف بما يقتضيه حكماً يناسبه، أو عندما ينقل المباح إلى المحظور أو العكس دفعاً للاختلاف، أو عندما يغير الاجتهاد لدرء مفسدة أو جلب منفعة، أو عندما يتدخل الحاكم لمنع التعسف باستعمال الحق. أو يغير الحد تبعاً لطروء ظاهرة جديدة. كل هذه الأمور تهدف إلى تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية وروحها. وبالتالي فهي تحقق رعاية المصلحة، وفي هذا كل خير لهذه الأمة الإسلامية التي تستوعب شريعتها الغراء كافة مشاكل الحياة وأبعادها ومتطلباتها وما فيها من وقائع على اختلاف أنواعها وما فيها من معاملات مدنية أو اقتصادية. فهي بحق شريعة لها صفة العمومية والدوام وهي من المرونة صالحة لكل زمان ومكان وأمة.

«تم الكتاب بعون الله».

أهم المراجع

ابن تيمية تقي الدين أحمد بن شهاب .... السياسة الشرعية

ابن نجم زين الدين بن إبراهيم .... الأشباه والنظائر

ابن حزم أبو محمد عليٍ بن أحمد .... المحلى

ابن رشد محمد بن أحمد بن محمد .... بداية المجتهد

ابن عابدين محمد أمين .... رد المحتار على الدر المختار

ابن عابدين محمد أمين .... رسائل ابن عابدين.

أبو زهرة محمد أحمد .... مالك

التونجي عبد السلام بن أحمد .... الشريعة الإسلامية في القرآن

الآمدي سيف الدين .... الاحكام في أصول الأحكام.

ابن عبد الشكور محب الله .... مسلم الثبوت مطبوع بهامش المستصفى للغزالي

ابن قيم الجوزية محمد .... أعلام الموقعين

ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد قدامة المقدس .. المغني على مختصر الخرقي

الألوسي شهاب الدين السيد محمود البغدادي .... روح المعاني

الأتاسي محمد خالد .... شرح المجلة (الأحكام العدلية)

البرهاني محمد هاشم .... سد الذرائع في الشريعة الإسلامية

البزدوي فخر الإسلام .... أصول البزدوي مع كشف الأسرار

الجوزي أبو الفرج الجوزي .... عمر بن الخطاب

الجرجاني السيد الشريف .... التعريفات
الحامد محمد .... نكاح المتعة
الحلي جعفر بن الحسين .... المختصر النافع في فقه الامامية
الحجاوي أبو النجا موسى بن أحمد .... الاقناع مطبوع مع كشاف القناع
الخضري محمد .... تاريخ التشريع
الخضري محمد .... أصول الفقه
الخفيف علي .... الملكية في الشريعة الإسلامية
الدسوقي محمد بن أحمد .... حاشية على شرح الدردير على مختصر خليل
الدواليبي معروف .... أصول الفقه
الزرقا مصطفى .... المدخل الفقهي العام
الزيلعي فخر الدين عثمان .... تبيين الحقائق
السيوطي جلال الدين.......................... الأشباه والنظائر
السرخسي أبو بكر شمس الأئمة .... المبسوط
السجستاني أبو بكر .... المصاحف
الشاطبي إبراهيم .... الاعتصام
الشاطبي أبو إسحاق .... الموافقات
الشوكاني محمد بن علي .... إرشاد الفحول
العاشور محمد الطاهر .... مقاصد الشريعة
الغزالي أبو حامد محمد بن أحمد.......................... المستصفى
القرافي أحمد بن إدريس .... الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام
القرافي أحمد بن إدريس .... الفروق
القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد .... الجامع لأحكام القرآن
قلعجي محمد رواس .... معجم الفقهاء
القليوبي شهاب الدين أحمد .... الحاشية على شرح منهاج الطالبين
الكاساني علاء الدين أبو بكر بن مسعود .... بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع
مدكور سلام .... الحكم عند الأصوليين
المرغياني برهان الدين .... الهداية على شرح البداية

الهيثمي شهاب الدين أحمد بن حجر .... شرح المنهاج
الهمداني محمد .... الاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الأخبار
المواق محمد بن يوسف العبدري .... التاج والاكليل لمختصر خليل

الفهرس